# Das Lombardgeschäft, insbesondere durch Verpfändung mittels Lagerscheins.

## Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

**Erwin Göder,**
Referendar
**in Breslau.**

ACAD
LUGD.BAT.
BIBL.

1912
Wilh. Wolff's Buchdruckerei in Nimptsch

Gedruckt mit Genehmigung der jur. Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor **Dr. Herbert Meyer.**
Korreferent: Professor **Dr. Fischer.**

# Einteilung.

I. Einleitung und Geschichtliches.
II. Die Gegenstände des Pfandrechts beim Lombardgeschäft.
III. Entstehung des vertragsmässigen Pfandrechts;
    a) Forderung,
    b) Bestellungsakt,
    c) Erwerb des Pfandrechts von Nichtberechtigten.
IV. Umfang der Haftung.
V. Rechte und Pflichten aus dem Pfandverhältnis.
VI. Inhalt des Pfandrechts.
VII. Befriedigung aus dem Pfande.
VIII. Uebertragung des Pfandrechts.
IX. Beendigung des Pfandrechts.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0002

# Literaturverzeichnis.

## A)
## Lehrbücher, Handbücher, Kommentare, Monographien, Abhandlungen.


Adler, das österreichische Lagerhausrecht. 1892.

Adler, in der Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht von Grünhut, Band 22.

Alexander, Der Erwerb des Besitzes und Eigentums am Lagergut durch Vermittlung des an Order lautenden Lagerscheins. Dissertation, Leipzig, 1907.

Biermann, Kommentar zum Sachenrecht, 2. Aufl., 1903.

Biermann, traditio ficta, 1891.

Boyens-Lewis, Das deutsche Seerecht, 1897—1901.

Bremer, Pfandrecht und Pfandobjekt, 1867.

Brunner, Die deutsche Rechtsgeschichte, 1887—1892.

Brunner, in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, Band II, 1882.

Büsing, Wesen und Wirkungen des Indossaments, Dissertation, Rostock, 1903.

Beckmann, Das deutsche Lagerrecht, Dissertation, Erlangen, 1898.

Behrend, Lagerscheine als Inhaberurkunden, Deutsche Juristenzeitung, 10. Jahrgang, 1905.

Beling, Der Inhaberlagerschein im Verkehr und im Konkursfall nach neuem Recht, Zeitschrift für Handelsrecht (Z.) Band 58, S. 194 fg.

Brügmann, Das Lagergeschäft, 1907.

Burchard, Das Lagergeschäft auf der Grundlage des Handelsgesetzbuches für das deutsche Reich vom 10. V. 1897. In Egers eisenbahnrechtlichen Entscheidungen, Band 16 und 17.

Cohn, in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, Band III, 1885.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 7. Aufl., 1910.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., 1911. Band II.

Crome, System des bürgerlichen Rechts, 1905, Band III.
von Canstein, Wechselrecht.
Demelius, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen, 1897.
Dernburg, Sachenrecht (Bürgerliches Recht Band III) 4. Aufl., 1908.
Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des bürgerlichen Rechts, Band 2 und 3, 1901—1905.
Dareye, die dingliche Wirkung der Traditionspapiere, Heidelberger Dissertation, 1907.
Ehret, Das Lombardgeschäft, Dissertation, Heidelberg, 1906.
W. Endemann, Das deutsche Handelsrecht, 3. Aufl., 1876.
F. Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts, Band II, Abt. 1, 8./9. Aufl., 1905.
Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands, 5. Aufl., 1909.
Exner, Der Rechtserwerb durch Tradition, 1867.
Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs, 1873.
Exner, in der kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgegeben von Bechmann & Seidel, Band 13.
Fischer-Henle, Kommentar zum B. G. B., 8. Aufl., 1909.
Fuchs, Grundbuchrecht, Band I, 1902.
Feige, Das Lagergeschäft über gestohlene Waren und der Diebstahl am Lagerschein, Dissertation, Jena, 1910.
Felsmann, Die Verpfändung von Inhaberpapieren und indossablen Papieren, Dissertation, Breslau, 1906.
Fischer, O. Chr., Die wirtschaftliche Entwicklung des Warrantverkehrs in Amerika und Europa, 1908.
Gareis, Deutsches Handelsrecht, 8. Aufl., 1909.
Gierke, Deutsches Privatrecht, Band II, 1905.
Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht, 1897.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Band I, Abt. II, 1868.
Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts, 1891.
Goldschmidt, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, begründet von Goldschmidt, Band 8 und Band 29, zitiert: Z.
Grünhut, Wechselrecht, Leipzig, 1897.
Hecht, Die Warrants, Beilageheft zu Band 29 der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (zitiert: Z.)
Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901.

Heymann, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere, 1905, Sonderabdruck aus der Festschrift für Dahn.

Haarmann, Das Lagerrecht nach dem deutschen H. G. B., Dissertation, Göttingen, 1898.

Heilbrunn, Inhaberlagerschein, in Holdheims Zeitschrift S. 175 fg., 1905.

Hillenkamp, Das Lagerrecht nach dem Entwurf des neuen H. G. B., Dissertation, Marburg, 1897.

Jacobi, Die Wertpapiere, 1901, zitiert: Jacobi a. a. O.

Jacobi, Das Wertpapier als Legitimationsmittel, 1906.

Kober, in Staudingers Kommentar zum B. G. B., Band III, 5./6. Aufl.. 1910.

Koch, Die Reichsgesetzgebung über Münz- und Notenbankwesen usw., 6. Aufl., 1910.

Kohler, Der dingliche Vertrag, in seinen gesammelten Abhandlungen, 1883.

Kohler, im Archiv für bürgerliches Recht, Band 18.

Kohler, in der Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht von Grünhut, Band 14.

von Kostanecki, Der Lagerschein als Traditionspapier, 1902.

Kempner, Die Besonderheiten der Verpfändung mittels Lagerscheins gegenüber der gewöhnlichen Lombardierung, Dissertation, Breslau, 1910.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 1. Aufl., 1908.

Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1901/02.

Levy, im Archiv für bürgerliches Recht, Band 2.

Laband, Zeitschrift für Handelsrecht, Band 9, S. 245 fg.

Lange, Das Lagerrecht, 1902.

Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. Aufl., 1898 bis 1904.

Meyer, Herbert, Neuere Satzung an Fahrnis und Schiffen, 1903.

Mittelstein, Deutsches Binnenschiffahrtsrecht, 2. Aufl., 1900 bis 1903.

Meyer, Herbert, Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess von O. Fischer, Band 18, Heft 2, München, 1909.

Mayer, Robert, Die Verpfändung mittels Lagerscheins nach deutschem Reichsrecht, ihre Besonderheiten gegenüber der gewöhnlichen Lombardierung, Dissertation, Breslau, 1912.

Mollwo, Lübecker Warrantordnung, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 58.

E. Müllendorff, Zur Lehre vom Lombardgeschäft, Dissertation, Marburg, 1910.
Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuchs. 5. A. 09.
Neumann, Geschichte des Wuchers, 1865.
Pappenheim, Das Transportgeschäft, 1896.
Pappenheim, in der kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Band 44.
Pappenheim, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Band 42, zitiert: Z.
Planck, Kommentar zum B G. B., Band III, 3. Aufl., 1906.
Randa, Der Besitz, 4. Aufl., 1895.
Randa, Das Eigentumsrecht, 2. Aufl., 1893.
von Rupprecht, Das Recht der Lagergeschäfte nach dem Handelsgesetzbuche vom 10. Mai 1897 und dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Dissertation, Tübingen, 1899.
Savigny, Das Recht des Besitzes, 7. Aufl., 1865.
Schaps, Das deutsche Seerecht, 1906.
Schultze, Die langobardische Treuhand, 1895.
Simonson, in Schmollers Jahrbuch, Band 9.
Simonson, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Band 33 (zitiert: Z.) und Band 45.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Aufl., 1907.
Staub-Stranz, Kommentar zur Wechselordnung, 8. Aufl., 1912.
Strack, Der Lagerschein, Dissertation, Leipzig, 1906.
Strohal, Sukzession in den Besitz, 1885.
Strohal, in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band 29, 31, 38.
Schmidt, Die Auslegung des § 366 H. G. B. auf der Grundlage des B. G. B., Jena, 1903.
Steinmetz, Das Lagergeschäft, Greifswald, 1898.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, 2. Aufl., 1902/03.
Weissbart, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Band 57 (zitiert: Z.).
Wenzel, Pfandrecht an Wertpapieren, 1906.
Wimpfheimer, Der Lagerschein nach deutschem Recht, 1903.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., 1906.
Wolff, in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band 41 und 44.
Wolff, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Band 58 (zitiert: Z.).
Wellspacher, Vertrauen auf äussere Tatbestände im bürgerlichen Recht, Wien, 1906.
Zipper, Das Lombardgeschäft, Breslau, 1909.

## B)
## Entscheidungssammlungen u. Gesetzesmaterialien.

Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, zitiert: Bolze.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, zitiert: R. G.
Entscheidungen des Reichs - Oberhandelsgerichts, zitiert: R. O. H. G.
Juristische Wochenschrift, herausgegeben von Neumann, zitiert: J. W.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan & Falkmann, zitiert: O. L. G.
Denkschrift zum Entwurf des neuen Handelsgesetzbuchs.
Motive zum ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band III.
Protokolle zur zweiten Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band III.
Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, zitiert: Prot. z. a. H. G. B.

---

Novum Corpus Constitutionum Prussico Brandenburgentium praecipue Marchicarum, Band VIII, zitiert: N. C C.

## I.

Das Lombardgeschäft hat als solches keine besondere gesetzliche Regelung erfahren. Es ist eine Kombination von Darlehn und Verpfändung von Edelmetallen, Münzen, Wertpapieren und Kaufmannswaren.[1] Das Lombardgeschäft wird zu den Bankiergeschäften gerechnet.[2] Sein gewerbsmässiger Betrieb verleiht also Kaufmannseigenschaft nach § 1 H. G. B. Das Warenlombardgeschäft gestaltet sich verschieden, je nachdem über die Ware ein Lagerschein vorliegt oder nicht. Lagerscheine dürfen nur von Lagerhaltern ausgestellt werden, d. h. von Leuten, die die Aufbewahrung und Lagerung von Gütern gewerbsmässig betreiben,[3] und enthalten das selbständige, aber auf dem Lagervertrage beruhende Versprechen des Lagerhalters, die Ware an den legitimierten Inhaber des Scheins gegen Rückgabe desselben herauszugeben.[4] Der Lagerschein ist demnach ein Wertpapier, denn seine Innehabung ist zur Ausübung des in ihm verbrieften Rechtes notwendig,[5] und zwar gehört er nach obiger Definition zu den Forderungspapieren. Unter bestimmten Voraussetzungen ist ihm aber

---

[1] vgl. Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts S. 769 § 182; Cosack, Handelsrecht a. a. O. § 83 I; Cohn in Endemanns Handbuch a. a. O. § 443 S. 987 fg.; vgl. auch Zipper S. 14—17 und dessen auf S. 17 versuchte Abgrenzung des Lombards gegen die Pfandleihe.

[2] Staub, Kommentar zum H. G. B. Anm. 67 ad § 1.

[3] vgl. § 416 H. G. B.

[4] Staub a. a. O. Anm. 7 ad § 424.

[5] Jacobi a. a. O. S. 23.

darüber hinaus dingliche Wirkung beigelegt. Demnach sind zwei Arten von Lagerscheinen zu unterscheiden, die dinglich wirkenden und obligatorisch wirkenden. Da auch beim Vorliegen obligatorischer Lagerscheine nur eine Verpfändung mittels Lagerscheins möglich ist,[1] wie weiter unten gezeigt werden wird, so werden beide Arten in den Kreis unserer Betrachtungen gezogen werden. Nach der Art des zu Grunde liegenden Lagergeschäfts werden weiter unterschieden Spezies-, Sammel- und Summenlagerscheine,[1a] wobei im ersten Falle die Einlagerer das Eigentum an ihren eingelagerten Sachen behalten,[1b] im zweiten Falle Miteigentum an den miteinander vermengten Gütern erwerben,[2] im dritten das eingelagerte Gut in das Eigentum des Lagerhalters übergeht.[3] Danach kommt der Summenlagerschein für uns nicht in Betracht, da eine Bestellung des Pfandrechts an den Waren durch ihn nicht möglich ist. Es werden daher nur Spezies- und Sammellagerscheine zu behandeln sein, die, was ihre Verpfändung

---

[1] Abw. Rob. Mayer S. 3, 4, indem er den Ausdruck „mittels Lagerscheins“ zu eng fasst. Wenn eine Verpfändung ohne Uebergabe des Lagerscheins nicht möglich ist, so kann sie eben nur mittels Lagerscheins erfolgen.

[1a] Nach dem Vorgange und der Terminologie von Strack S. 5 fg.

[1b] Das ist im Zweifel anzunehmen, da der Lagerhalter zur Vermischung der ausdrücklichen Ermächtigung des Einlagerers bedarf, vgl. § 419 H. G. B.

[2] Die Eigentumsquote richtet sich nach der Höhe des Anteils der eingelagerten Güter an dem betreffenden Sammellager. Es ist selbstverständlich, dass nur Güter derselben Art und Güte miteinander vermengt werden dürfen.

[3] vgl. § 419 Abs. 3 H. G. B. Hier liegt ein Lagergeschäft im Sinne des H. G. B. nicht mehr vor. Man wird es als uneigentliches Lagergeschäft bezeichnen können, auf das die für das depositum irregulare geltenden Normen Anwendung finden. vgl. § 700 B. G. B. Man wird daher anstelle des Ausdrucks Summenlagerschein treffender Warenschuldschein setzen.

anbetrifft, im wesentlichen unter gleichen Rechtsnormen stehen.[1] Wo daher in folgendem von Lagerscheinen die Rede sein wird, sind beide Arten darunter zu verstehen. Bei einer Gegenüberstellung des Warenlombardgeschäfts mittels Lagerscheins und des Lombardgeschäfts im allgemeinen werden sich zwischen ersterem und dem gewöhnlichen Warenlombard mannigfache Unterschiede ergeben, da im ersteren Falle das Mittel der Verpfändung ein ganz bestimmtes ist, im letzteren aber nicht. Andererseits werden sich manche Beziehungen zum Effektenlombard feststellen lassen, die sich aus dem Umstande ergeben, dass der Lagerschein ein Wertpapier ist und zwar sowohl als Rekta-, Order-, wie Inhaberpapier vorkommt. Die äusseren Formen bei der Verpfändung mittels Lagerscheins werden demgemäss mit denen des Effektenlombards vielfach übereinstimmen. Im folgenden wird daher bei den einzelnen Punkten der dieser Abhandlung gegebenen Einteilung in einem ersten Abschnitt dieses im allgemeinen dargestellt, in einem zweiten Abschnitt werden die Besonderheiten des Warenlombardgeschäftes mittels Lagerscheins hervorgehoben werden.

Was die geschichtliche Entwickelung des Lombardgeschäftes im allgemeinen, wie des Warenlombards mittels Lagerscheins im besonderen anbetrifft, so ist eine schnelle Orientierung hierüber nicht möglich, da eine bis auf die Neuzeit durchgeführte Geschichte des Handelsrechts noch immer fehlt.[2] Dass dem römischen Recht Geschäfte, wie wir sie heut zum Lombardgeschäft rechnen, unbekannt

---

[1] Insbesondere wird den Sammellagerscheinen in demselben Umfang dingliche Wirkung zugesprochen wie den Spezieslagerscheinen. vgl. Rob. Mayer S. 51, Adler, Lagerhausrecht S. 201, Alexander a. a. O. S. 108, a. a. Rupprecht a. a. O. S. 60. vgl. wegen der analogen Behandlung des Sammellagerscheins überhaupt auch Kempner S. 60, 61.

[2] vgl. für die Geschichte des Lombardgeschäftes jetzt die schon ziemlich eingehende Darstellung Zippers S. 1 fg.

gewesen seien, ist nicht anzunehmen,[1] da ja das Lombardgeschäft weiter nichts als die Kombination zweier auch dem römischen Recht sehr wohl bekannter Geschäfte ist, wenn ihm auch der besondere Typus des Lombardgeschäftes nicht geläufig ist, wie denn das römische Recht überhaupt kein besonderes Handelsrecht kennt. Wie schon der Name andeutet, ist die Lombardei die Wiege des Lombardgeschäftes im technischen Sinne, wie des heutigen Handelsrechts überhaupt. Um die Wende des 13. Jahrhunderts fingen die oberitalienischen Geldwechsler, die Lombarden, an, das sich bei ihnen aufspeichernde Geld gegen Unterpfand auszuleihen und verbreiteten das Geschäft über ganz Europa, wobei alle die, welche das Gewerbe betrieben, ohne Unterschied ihrer Herkunft Lombarden genannt wurden.[2] Bei den Anfängen des Lombardgeschäftes wird es sich wohl um Warenlombard gehandelt haben, da die Wertpapiere um diese Zeit auch erst im Entstehen begriffen waren. Ob man aber zu dieser Zeit von einem Warenlombard mittels Lagerscheines sprechen kann, muss dahingestellt bleiben, obwohl der Lagerschein wie das Lagerhauswesen zu dieser Zeit bereits vorkam[3] und ersterer auch bereits Wertpapiercharakter hatte,[3a] bei welcher Rechtslage für das geltende Recht weiter unten nachgewiesen werden wird, dass ohne Begebung des Lagerscheins eine in vollem Umfange rechtswirksame Verpfändung der Ware nicht stattfinden kann, da der Lagerhalter nur gegen Rückgabe des Lagerscheins die Ware

---

[1] vgl. Neumann, Geschichte des Wuchers pag. 392 über das Lombardgeschäft der römischen trulliones.

[2] vgl. Cohn bei Endemann Bd. III S. 987, 988 Note 7—10; für die Juden bestand vielfach im Mittelalter Lombardzwang; vgl. auch Cosack, Handelsrecht § 83 I. Neben den Lombarden werden als Inhaber gleichartiger Gewerbebetriebe in den Quellen noch die sogenannten Kawerschen genannt, über deren Herkunft gestritten wird. vgl. Zipper S. 1.

[3] Goldschmidt, Universalgeschichte S. 342, 152.

[3a] Goldschmidt C. c. S. 303.

herauszugeben berechtigt und verpflichtet ist, indem jedem echten Wertpapier der Charakter als Einlösungspapier innewohnt.[1] Ob aber ein Pfandrecht an der im Lagerhause ruhenden Ware schon mit der Umschreibung im Lagerhausregister bestellt wurde, oder ob die Uebergabe des zunächst bloss obligatorisch wirkenden Lagerscheins ein notwendiger Bestandteil des Pfandgeschäftes war, in welchem Falle man von einer Verpfändung mittels Lagerscheins sprechen könnte in dem Sinne, dass ein an und mit dem Lagerschein vorgenommenes Rechtsgeschäft zur Verpfändung der Ware notwendig, aber nicht ausreichend ist, dürfte wohl nicht mit Sicherheit festgestellt werden können. Der Zeitpunkt der Entstehung des dinglich wirkenden Lagerscheins wird wesentlich später anzusetzen und er in seiner heutigen Ausgestaltung wesentlich als ein Produkt der neueren Zeit anzusehen sein. Damit wird auch die Verpfändung mittels Lagerscheins in dem Sinne, dass ein an und mit dem Lagerschein vorgenommenes Geschäft zur Verpfändung der Ware notwendig und ausreichend ist, nur auf eine verhältnismässig kurze Geltungsdauer zurückblicken können. So ist in England erst mit der Factor's Act vom 10. 8. 77 die dingliche Wirkung des Lagerscheins in vollem Umfange gesetzlich anerkannt worden,[2] nachdem seit 1799 in England Gesetzgebung und Praxis sich in einer das Lagerhaus wie Lagerschein günstigen Richtung bewegte, während noch 1733 Walpole seine ebendahin gehenden Bestrebungen gegen den Widerstand des Parlaments nicht durchzusetzen vermochte.[3] Auf dem Kontinent ist abgesehen von Deutschland um die Mitte des 19. Jahrhunderts die gesetzliche Regelung der dinglich wirkenden Lager-

---

[1] Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 118.

[2] vgl. Levy a. a. O. S. 262. Abw. O. Chr. Fischer S. 54. vgl. auch Simonson bei Schmoller S. 215.

[3] vgl. Levy C. c. O. 254 fg.

scheine erfolgt.[1] Allerdings lässt sich für das preussische Recht ein bei weitem früherer Zeitpunkt für die Entstehung einer Verpfändung mittels Lagerscheins nachweisen. Denn eine Deklaration vom 16. 7. 1785[2] enthält die Bestimmung, dass solche Waren, welche in den mehreren Kaufleuten gemeinsamen Speichern, oder in den unter öffentlicher Aufsicht stehenden Niederlagen deponiert sind, mittels Behändigung eines vom Depositar ausgestellten und vom verpfändenden Eigentümer mit dem Verpfändungsvermerk versehenen Empfangsscheines verpfändet werden können. Diese Bestimmung ist denen ziemlich gleichlautend in das A. L. R. aufgenommen worden (§ 345 fg. I, 20 A. L. R.) und zwar hier wie in der oben erwähnten Deklaration unter der zusammenfassenden Bezeichnung „symbolische Uebergabe". Für die durch symbolische Verpfändung geschaffene Dinglichkeit sprechen sich aus die Erkenntnisse des Ober-Tribunals Bd. XI S. 209, Bd. XIII S. 250, Bd. IV S. 23 und Förster, Theorie und Praxis Bd. III § 197. Doch war das durch die oben genannten Gesetze geregelte Verfahren ein zu schwerfälliges, als dass die Praxis grossen Nutzen daraus hätte ziehen können. Als eine Bestätigung hierfür darf wohl gelten, dass die die symbolische Verpfändung behandelnden Entscheidungen des Ober-Tribunals sich mit den Scheinen des § 345 fg. I, 20 A. L. R. nicht befassen.[3] Das alte deutsche Handelsgesetzbuch hat eine Bestimmung, welche die dingliche Wirkung des Lagerscheins zweifellos festsetzt, nicht enthalten, vielmehr eine solche Bestimmung nur für das Konossement in dem Art. 647 H. G. B. getroffen. Doch da sich aus der Entstehungsgeschichte nicht ergibt, dass in der tatsächlich erfolgten Regelung eine

[1] vgl. Hecht a. a. O. und Simonson in Z. Bd. 33 S. 207 fg. Gegen Ende des 19. Jahrhunderts erfuhr der Lagerschein in Hamburg und Bremen landesgesetzliche Regelung; Ges. vom 5. 10. 88. und 13. 5. 77.

[2] N. C. C. VIII pag. 3152.

[3] vgl. Simonson bei Schmoller a. a. O. S. 161, 162.

Verneinung der dinglichen Wirkung des Lagerscheins enthalten sei und andererseits die tatsächliche Grundlage bei allen drei Arten der Traditionspapiere dieselbe ist, so hat die herrschende Meinung in Theorie und Praxis die Bestimmung des Art. 647 H. G. B. im Wege der Anelogie auch auf den Lagerschein ausgedehnt.[1] Jeder Widerspruch gegen die dingliche Natur des Lagerscheins[2] ist erst seit 1900 mit dem § 424 des neuen Handelsgesetzbuchs verstummt, der dem Art. 647 des a. H. G. B. nachgebildet ist. Wenn auch nach diesen Ausführungen die Verpfändung mittels dinglich wirkenden Lagerscheins auf kein allzu hohes Alter zurückblicken kann, so wird man doch die Vermutung Heymanns[3] nicht von der Hand weisen können, dass wir es hier nicht mit einem Erzeugnis moderner Rechtsentwickelung zu tun haben, sondern dass die Wurzeln des Rechtsinstituts bis in ferne Zeiten zurückreichen. Wohl in jeder Rechtsordnung wird sich mit zunehmender Entwickelung des Verkehrs das Bestreben zeigen, von dem grundsätzlich allein zulässigen aber schwerfälligen sachenrechtlichen Legitimationsmittel des Besitzes im Sinne einer tatsächlichen unmittelbaren Herrschaft über die Sache loszukommen und zu freieren Formen der Begründung und Uebertragung dinglicher Rechte zu gelangen. Belege hierfür bietet schon das römische Recht in allerdings nur sehr spärlich vorkommenden Quellenstellen.[4] Dagegen

---

[1] vgl. Simonson C. c. S. 162 fg.; Goldschmidt, Handbuch a. a. O. I, 2 § 76, II; R. O. H. G. Bd. 25 S. 351 fg., R. G. Bd. 5 S. 79 fg.; Goldschmidt geht zu weit, wenn er in den Bestimmungen der Artikel 301, 302, 303, 305 und 309 des a. H. G. B. die dingliche Wirkung des Lagerscheins anerkannt findet, da Art. 309 nur von der Verpfändung der Papiere und nicht von den Waren mittels der Papiere handelt.

[2] W. Endemann, Handelsrecht § 78 IV; Gareis, Handelsrecht S. 251 und in Holtzendorffs Rechtslexikon Artikel „Warrant".

[3] Heymann a. a. O. S. 205.

[4] C 14 § 1 D 18, 6; C 1 C 8, 54; C 1 § 21 D 41, 2.

lässt sich für das deutsche Recht in weit grösserem Umfange besitzloses Pfand nachweisen. So ist seit dem frühen Mittelalter die traditio cartæ [1] zum Zwecke von Grundstücksübereignungen und Belastungen im Gebrauch. Daneben wird sie aber auch, wenngleich in geringerem Umfange, für Mobiliargeschäfte verwendet und zwar zunächst für ganze Mobiliarvermögen und Mobiliarkomplexe,[2] doch sind auch Verpfändungen einzelner Fahrnisstücke mittels carta im Mittelalter nachweisbar.[3] Für rein deutsche von der italienischen Doctrin nicht berührte Gebiete hat neuerdings Herbert Meyer[4] eine umfangreiche Verwendung der jüngeren Satzung an Fahrnis d. h. des besitzlosen Pfandes an Mobilien nachgewiesen. Handelt es sich auch in der Hauptsache um Verpfändungen durch Stadtbucheintragungen, so sind doch auch von romanistischen Einflüssen freigebliebene Rechte nachgewiesen, die eine Verpfändung vor Zeugen und durch Urkunden kennen, wobei zu beachten ist, dass die Grundbucheintragung die im Norden, die Urkunde die im Süden übliche Publizitätsform neben dem Besitz ist. Mit der Reception des römischen Rechts trat in dieser auf Entfesselung des Mobiliarverkehrs gerichteten Bewegung eine Stagnation ein. Glossatoren und Postglossatoren suchten die traditio per cartam, die sich doch als ein neben dem Besitz stehendes sachenrechtliches Legitimationsmittel darstellt, in ein römisch rechtliches Gewand zu kleiden, indem sie an die traditio cartæ zunächst die Uebertragung des Besitzes und erst nach Massgabe dieses dingliche Rechte knüpfen, welchen Rechtsvorgang sie bezeichnend mit dem Namen „traditio ficta“ belegten.[5] Bezüglich des Pfandrechts verlangt die

[1] d. i. eine konstitutive Urkunde über das Rechtsgeschäft, in deren Begebung Veräußerung und Uebereignung verbunden ist; siehe Brunner, Rechtsgeschichte S. 306.

[2] Schultze a. a. O. S. 49a, 10 und 11.

[3] Heymann a. a. O. S. 194 fg.

[4] a. a. O.

[5] Biermann, traditio ficta S. 47 fg., S. 80 fg., S. 96 fg.

italienische Doktrin, obwohl sie sich hier nicht auf das römische Recht stützen konnte, grundsätzliche Rückkehr zum Faustpfand.[1] So hat man denn in der Folgezeit mit ziemlicher Weitherzigkeit alle die Fälle, wo eine sachenrechtliche Legitimation durch Besitz eigentlich unmöglich war, in der Rubrik „symbolische Uebergabe" untergebracht, ein Rechtsgebilde, das, wenn auch unter Beschneidung allzu grosser Auswüchse, seine Aufnahme sowohl in das A. L. R.[2] wie in das österreichische G. B.[3] gefunden hat. Einen starken Angriff erfuhr die symbolische Tradition durch die Besitzlehre Savignys, die Jahrzehnte lang das juristische Denken beherrschte, indem in ihr das reine römische Recht des Besitzes als einer rein faktischen unmittelbaren nur durch einseitigen körperlichen Apprehensionsakt zu erwerbende Herrschaft dargestellt wurde, innerhalb dessen für die im Laufe der Zeiten ausgebildete Tradition allerdings kein Raum war.[4] Damit steht im Zusammenhang, dass im Anfange des 19. Jahrhunderts den Traditionspapieren insgesamt und nicht bloss dem Lagerscheine vielfach nur obligatorische Wirkung zuerkannt wurde.[5] Aus vorstehendem ergibt sich, dass zwar schon das römische Recht das Bedürfnis empfand,[6] von dem Legitimationsmittel des Besitzes loszukommen, ohne aber bewusst zur Ausbildung anderer Legitimationsmittel zu gelangen, dass die symbolische Uebergabe wohl an diese abweichenden Fälle des römischen Rechts angeknüpft, sie aber ihre Hauptstütze im deutschen Recht gefunden hat,[7] das vielfach

[1] vgl. Goldschmidt, Universalgeschichte S. 301; man berief sich auf C 34 pr. D 20, 1; hierzu Goldschmidt in Z. 8 S. 312.

[2] A. L. R. I 20 § 345 fg.

[3] § 427.

[4] Savigny, Recht des Besitzes S. 207; Strohal, Sukzession S. 15.

[5] vgl. die bei Randa, Besitz S. 448 Note 60 a. E. zitierten Schriftsteller.

[6] vgl. die oben zitierten Quellenstellen.

[7] A. M. Exner, Tradition S. 161 fg.; treffend widerlegt durch Strohal, Sukzession S. 200 fg.

zur selbständigen Ausbildung sachenrechtlicher Legitimationsmittel neben dem Besitz gelangt ist, eine Tatsache, die bei der theoretischen Konstruktion der dinglichen Wirkungen des Lagerscheins wohl zu beachten sein wird.

## II.

Bevor auf die Lombardgeschäfte nach heutigem Recht eingegangen wird, dürfte zur näheren Feststellung seines Umfangs eine kurze Erörterung der in Betracht kommenden Pfandobjekte am Platze sein. Beim gewöhnlichen Lombardgeschäft kommen Edelmetalle, Münzen, Wertpapiere und Kaufmannswaren in Betracht, für das Lombardgeschäft mittels Lagerscheins nur letztere und wohl in demselben Umfange wie bei gewöhnlichen Lombardgeschäften, denn der Kreis der Waren, die im Lagerhause eingelagert werden können, wird zum mindesten ebenso gross sein wie bei einer anderswo stattfindenden Einlagerung, da im Lagerhause weit eher Vorkehrungen zur Erhaltung der Waren, zur Verhinderung einer allzu schnell eintretenden Verderbnis getroffen sein werden. Einlagerungsunfähig sind Wertpapiere. Denn wenn auch § 416 H. G. B. ganz allgemein nur von Gütern spricht und an sich der Begriff ein sehr weiter ist, so dass jede bewegliche Sache darunter verstanden werden muss,[1] so wird es doch im vorliegenden Falle im Sinne des Gesetzes liegen,[2] den Begriff der Güter hier enger zu fassen und die Einlagerungsfähigkeiten nach der Verkehrsgewohnheit zu bestimmen und nach dieser pflegt man Wertpapiere bei Banken aufzubewahren und nicht in Lagerhäusern, da die in ersteren gewährte Sicherheit eine weit grössere ist. Aus dem gleichen Grunde möchte ich mich mit Cosack,[3] dessen Anforderungen an die Einlagerungsfähigkeiten ich überhaupt

[1] R. G. Bd. 20 S. 49.
[2] vgl. Denkschrift zum neuen H. G. B. S. 249.
[3] vgl. Cosack, Handelsrecht § 158, I, 2.

für den Verkehrsgewohnheiten durchaus entsprechend halte, gegen die Einlagerungsfähigkeit der Edelmetalle und Münzen erklären.[1]

Das Pfandrecht an dem Anteil eines Miteigentümers ist, wie es auch beim Lombardgeschäft mittels Lagerscheines vorkommt, da das Sammellagergeschäft (419 Abs. 2 H. G. B.) besonders bei Getreide in Deutschland nicht unbekannt ist,[2] Pfandrecht an Sachen und nicht an Rechten.[3] Hierfür spricht einmal die Stellung des § 1258 B. G. B. inmitten des Sachenpfandrechts, dann aber auch das aus der Lehre vom Miteigentum abzuleitende Erfordernis der Besitzübertragung an den Sachen. Das Eigentum ist zwar unteilbar und Miteigentum daher die Mitberechtigung mehrerer an demselben Eigentumsrecht Trotzdem ist Miteigentum Eigentum, d. h. die Beziehungen der Miteigentümer zur Sache sind unmittelbare. Jeder Teilhaber hat für sich sämtliche im Eigentumsrecht enthaltenen Befugnisse in dem durch seinen Anteil bestimmten Umfange. Für die Belastung des Miteigentumsanteils gelten daher dieselben Bestimmungen wie beim Alleineigentum. Das vom Miteigentümer bestellte Pfandrecht ergreift die Sache unmittelbar und zwar die ganze Sache. Wenn der Pfandgläubiger, wie es im Gesetz heisst, nur den Eigentumsanteil verkaufen darf und nicht die Sache selbst, so steht dies damit nicht im Widerspruch, da es sich auch in diesem Fall um einen Verkauf der Sache handelt. Denn, was heisst eine Sache verkaufen anders, als die höchste rechtliche unmittelbare Macht über sie verschaffen und das tut auch der Pfandgläubiger bei Verkauf des Miteigentumsanteils, nur dass naturgemäss der Neuerwerber in der Ausübung dieser Macht durch das Vorhandensein der anderen Miteigentümer beschränkt ist.

---

[1] A. M. Staub H. G. B. Anm. 10 ad § 1.

[2] vgl. Ehret, das Lombardgeschäft, Heidelberger Dissertation 06 S. 18.

[3] Endemann, Bürgerliches Recht S. 443 Note 5.

Beim Lombard mittels Lagerscheins handelt es sich demnach immer um Sachenpfandrecht. Beim gewöhnlichen Lombard gibt es gemäss der oben gegebenen Definition sowohl Sachenpfandrecht wie Pfandrecht an Rechten. Dabei ergeben sich mancherlei Modifikationen für letzteres, da hier die Rechte nur an Wertpapiere gebunden vorkommen, die Rechtsverhältnisse des Papiers aber auf das in ihnen verbriefte Recht von grösserem oder geringerem Einfluss sind, am grössten bei Inhaberpapieren, am geringsten bei Rektapapieren. Die Inhaberpapiere sind sogar kraft positiver gesetzlicher Vorschrift hinsichtlich der Verpfändung wie Sachen zu behandeln.

Bei der Behandlung des gewöhnlichen Lombards werden daher notwendig drei Unterabteilungen gebildet werden müssen, einmal Sachen und Inhaberpapiere, in welche Abteilung auch Edelmetalle und Münzen fallen, denn Edelmetalle und Goldmünzen sind nur Sachen,[1] letztere deswegen, weil der ihnen aufgeprägte Wert ihrem Verkehrswert gleichkommt. Silbermünzen werden dagegen als Wertpapiere anzusprechen sein, soweit es sich um die öffentlichen rechtlichen Ansprüche der Inhaber auf Umtausch in Goldmünzen[2] handelt. Denn dieser Anspruch kommt bei der Verpfändung in Betracht. Sie werden daher in folgendem als Wertpapiere behandelt werden, obwohl ihnen sonst ein allgemeiner Wertpapiercharakter nicht zukommen dürfte.[3] Dann Orderpapiere und endlich Rektapapiere; denn wenn auch letztere nicht einen Gegenstand des Lombardverkehrs der Reichsbank bilden,[4] so beleihen sie doch die Effektenbanken und zwar insbesondere erststellige Hypotheken.

Wenn in diesem Abschnitt von Sachen und Rechten als Gegenstand des Pfandrechts die Rede ist, so entspricht

---

[1] Goldschmidt, Handbuch a. a. O. S. 1144.
[2] Münzgesetz Art. 9.
[3] vgl. Jacobi, die Wertpapiere S. 28.
[4] Bankgesetz § 13 Ziffer 3b—d.

dies der herrschenden Auffassung[1] des Pfandrechts, die sich weder der Theorie von Exner[2] noch der von Bremer[3] angeschlossen hat, von welchen beiden der erstere nur Sachen, der letztere nur Rechte als Pfandobjekte kennt. Denn nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche wird dem Pfandrecht die Natur eines dinglichen Rechts zuerkannt werden müssen,[4] dinglich im Sinne eines am Vermögensgegenstand haftenden und damit gegen Dritte wirkenden Rechtes, da im B. G. B. mit dieser Wirkung sowohl das Sachenpfandrecht wie das Pfandrecht an Rechten ausgestattet ist. Demelius hat sich zwar in seinem Werk „Das Pfandrecht an beweglichen Sachen“ zur Aufgabe gesetzt, die Unzulänglichkeit der Auffassung des Pfandrechts als eines dinglichen Rechtes darzutun und seinen besonderen Charakter zu beweisen. Diese Aufgabe hat er mit Erfolg nicht gelöst, denn seine Ausführungen haben vielmehr die wirtschaftlichen Zwecke des Pfandrechts als die demselben Zwecke entsprechende Ausgestaltung des Pfandrechts im einzelnen im Auge, weshalb auch seine Definition des Pfandrechts viel eher eine volkswirtschaftliche als eine juristische genannt zu werden verdient.[5]

## III a.

Zur Entstehung eines vertragsmässigen Pfandrechts sind eine rechtswirksame Forderung, ein Bestellungsakt und die Verfügungsbefugnis des Verpfänders erforderlich.

---

[1] F. Endemann S. 704 Note 17, Seite 702 Note 9.

[2] Exner, Kritik a. a. O. S. 189 fg., 113 fg.

[3] Bremer a. a. O. S. 84 fg., 119 fg.

[4] Abweichend u. a. Cosack, Bürgerliches Recht § 221 und Fuchs, Grundbuchrecht Bd. I S. 374, die das Grundpfand als Realobligation konstruieren wollen nach dem Vorgange gemeinrechtlicher Juristen, die diese Ansicht aber für das Pfandrecht überhaupt vertreten, vgl. Demelius a. a. O. S. 12—14.

[5] Demelius a. a. O. S. 78 fg., S. 63 fg.

Das für jedes Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten unbedingte Erfordernis des Vorhandenseins einer Forderung[1] ist beim Lombardgeschäft von selbst gegeben, da dieses ja ein Darlehn gegen dingliche Sicherheit ist. Der Unterschied des gewöhnlichen Lombardgeschäftes und des Lombardgeschäftes mittels Lagerscheins hat auf die nähere Ausgestaltung der Forderung keinen Einfluss. Lombarddarlehn werden von der Reichsbank auf höchstens drei Monate gegeben,[2] da sie stets auf Liquidität ihrer Mittel halten muss. Denn in ihrem Passivgeschäft nimmt sie nur kurzfristigen Kredit, mithin kann sie auch in ihrem Aktivgeschäft nur kurzfristigen Kredit geben. Jedoch braucht die Reichsbank diese Grundregel für Bankgeschäfte bei Lombarddarlehn nicht mit peinlichster Genauigkeit durchzuführen, da diese keine Deckung für die Noten bilden,[3] Lombardforderungen daher auch immer nur bis zu der Höhe des Aktienkapitals kreiert werden dürfen. Nach den Reichsbankbedingungen können die Lombarddarlehne täglich zurückgezahlt und täglich zurückgefordert werden.[4] Desgleichen sind die Lombardforderungen fällig, wenn der Kurswert der verpfändeten Papiere um 5 % sinkt (§ 15 der Bedingungen) oder wenn die Waren den sechsten Teil ihres Wertes verlieren, sei es infolge Verschlechterung oder Rückgang des Marktpreises (§ 22 der Bedingungen). In diesen Fällen ist entweder die Sicherheit zu verstärken oder ein entsprechender Teil des Darlehns zurückzuzahlen und zwar binnen drei Tagen. Bezüglich der Zinsenberechnung ist das nähere in § 5 der Bedingungen zu finden. Bei der Reichsbank muss ferner das Lombarddarlehn in einem bestimmten Verhältnis zum Wert der hinterlegten Sicherheit stehen (vgl. § 13 Ziffer 3 d des Bankgesetzes). Die Privatbanken werden, soweit sie

---

[1] § 1204 Abs. 1 B. G. B.

[2] Bankgesetz § 13 Ziffer 3.

[3] Bankgesetz § 11.

[4] Koch, Münzgesetzgebung S. 301 fg.

die Lombardgeschäfte betreiben, ähnliche wenn auch weniger scharfe Bedingungen aufstellen.[1]

Dem Lombardgeschäft ist wesentlich, dass der Darlehnsvertrag zwischen Lombardeur und Verpfänder abgeschlossen wird.[2] Ein Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten kann aber auch nach § 1204 Abs. 2 B. G. B. für eine künftige Forderung bestellt werden. Von dieser Möglichkeit wird häufig Gebrauch gemacht werden, indem der Verpfänder den auf Grund der gegebenen Sicherheit eingeräumten Kredit erst nach und nach in Anspruch nehmen wird, um unnötige Zinsen zu vermeiden.

---

### III b.

Hinsichtlich des Bestellungsaktes finden sich beim gewöhnlichen Lombardgeschäft und dem Lombardgeschäft mittels Lagerscheins grosse Verschiedenheiten. Beim gewöhnlichen Lombardgeschäft ist zur Bestellung eines Pfandrechts an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren, die gemäss § 1293 B. G. B. hinsichtlich der Verpfändung wie bewegliche Sachen zu behandeln sind, erforderlich, dass der Verpfänder dem Pfandgläubiger den Besitz verschafft, und die Einigung darüber, dass dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll. Die Einigung ist ein abstrakter dinglicher Vertrag, der an keine Form gebunden ist. Es ist die rechtsgeschäftliche Grundlage des Pfandrechtserwerbes und löst die sachenrechtliche Wirkung aus kraft seiner dinglichen Natur, unabhängig von dem begleitenden obligatorischen Verpfändungsvertrage, der eben wieder scharf zu trennen ist von dem obligatorischen Rechtsgeschäfte, dessen Sicherung durch die Pfandbestellung angestrebt wird. Gewöhnlich werden die letzteren Geschäfte in enger Verbindung mit dem Verpfändungsvertrage vorkommen. Die Einigung kann bedingt

---

[1] vgl. Zipper S. 16.

[2] Cohn bei Endemann, Handelsrecht III S. 990.

oder befristet sein. Sie braucht nicht zugleich mit der Verschaffung des Besitzes vorgenommen zu werden, sie kann ihr voraufgehen oder nachfolgen,[1] doch muss zur Zeit der Einigung die zu verpfändende Sache bereits vorhanden sein, denn sie bildet einen Teil des Bestellungsaktes für das dingliche Recht, der ein unmittelbares Gewaltverhältnis über die Sache begründen soll. Andernfalls wird nur eine obligatorische Bindung zum Abschluss des dinglichen Pfandbestellungsvertrages möglich sein, womit der wirtschaftliche Zweck einer Sicherung des Pfandobjektes für die Zukunft ebenso erreicht wird.[2]

Aus der Formlosigkeit des dinglichen Vertrages folgt, dass von einer Verpfändung beim Abschluss nicht die Rede zu sein braucht. Es genügen auch andere Bezeichnungen wie Depot, Deckungsgeschäft u. s. w., sofern nur die Absicht der Verpfändung deutlich erkennbar ist. Neben der Einigung ist aber zur Bestellung des Pfandrechts noch erforderlich, dass der Pfandgläubiger Besitzer der Sache wird. Der Besitz ist für ihn das sachenrechtliche Legitimationsmittel, nachdem einmal im Bürgerlichen Gesetzbuche das Kundbarkeitsprinzip für Sachenrechte durchgeführt ist.[3] Hiernach genügt die Einigung zur Bestellung des Pfandrechts in den Fällen, in welchen der Pfandgläubiger bereits im Besitz der Sache ist, wobei es belanglos ist, ob dieser Besitz ein unmittelbarer oder ein mittelbarer ist.[4] Ist dies jedoch nicht der Fall, so ist grundsätzlich Uebergabe der Sache erforderlich (1205 Abs. 1 B. G. B). Hierunter wird die Uebertragung des unmittelbaren Besitzes vom Verpfänder auf den Pfandgläubiger zu verstehen sein. Die von Planck in Bem. 6

---

[1] vgl. Planck, Bem. 4 ad § 929 B. G. B., Motive Bd. III S. 336.

[2] F. Endemann a. a. O. S. 903 Note 5, A. M. Staub, Anm. 2 ad § 368 H. G. B.

[3] F. Endemann a. a. O. S. 907, Note 6.

[4] vgl. Fischer-Henle a. a. O. Anm. 4 ad § 929 B. G. B. R. G. Bd. 52 S. 388.

zu § 929 B. G. B. verfochtene Erweiterung des Begriffs „Uebergabe“ wird für das Pfandrecht unbedingt abzulehnen sein. Denn mag man auch bei Eigentumsübertragung ein wirtschaftliches Bedürfnis für eine solche extensive Interpretation des § 929 B. G. B. zugeben, für das Pfandrecht gilt dies nicht, da die hier normierten Ersatzmittel der Uebergabe jedes wirtschaftliche Bedürfnis vollauf zu befriedigen vermögen. Den Erfordernissen des § 1205 Abs. 1 Satz 1 B. G. B. wird auch genügt durch Uebergabe der Schlüssel zu dem Raum, in dem die Waren lagern (R. G. Bd. 40 S. 222). Das Pfandrecht wird nicht gebrochen, wenn sich der Verpfänder nachträglich den Zutritt durch einen Nachschlüssel oder einen zufällig passenden Schlüssel verschafft (Gruchot Bd. 48 S. 957, O. L. G. Bd. 8 S. 116). Die entgegengesetzte Ansicht F. Endemanns a. a. O. S. 910 Note 17 dürfte m. E. nicht haltbar sein. Dass Fortdauer des Besitzes für die Fortdauer des Pfandrechts immer unerlässliches Erfordernis ist, behauptet auch er nicht. Dafür, dass er diese Forderung für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Pfandgläubiger aufstellt, findet er im § 1253 B. G. B. keine Stütze. Seine Ansicht läuft in ihren Folgerungen darauf hinaus, dass dem Pfandgläubiger gegen den Eigentümer dingliche Rechtsmittel überhaupt nicht zustehen, sondern nur obligatorische, was aber mit der dinglichen Natur des Pfandrechts im Widerspruch stehen dürfte.

Als Ersatzmittel der Uebergabe kennt das Bürgerliche Gesetzbuch die in §§ 1205 Abs. 2 und 1206 angeführten Verpfändungsarten. Nach § 1205 Abs. 2 ist erforderlich die Abtretung des persönlichen Herausgabeanspruchs gemäss § 870 B. G. B. seitens des im mittelbaren Besitze befindlichen Verpfänders an den Pfandgläubiger nebst Anzeige der Verpfändung an den unmittelbaren Besitzer. Eine Verpfändung durch Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs des § 931 B. G. B. ist nicht möglich, ebenso wie eine Verpfändung mittels constitutum possessorium ausgeschlossen ist, weil hier der

Verpfänder im unmittelbaren Besitz bleibt, beim Pfandrecht aber infolge seines Sicherungszweckes ein Kundbarkeitsmittel nach aussen unbedingtes Erfordernis ist. Nach § 1206 B. G. B. genügt zur Verpfändung Einräumung des unmittelbaren Mitbesitzers an den Pfandgläubiger oder des mittelbaren, in welch letzterem Falle der im Alleinbesitz der Sache befindliche Dritte zur Herausgabe an Eigentümer und Gläubiger zusammen verpflichtet wird.[1]

Wenn F. Endemann a. a. O. S. 911 noch ein weiteres Ersatzmittel der Uebergabe im Wege der Analogie finden will, so verstösst das schon gegen die allgemeinen Regeln der Auslegung von Gesetzen, nach denen man die Zahl der Abweichungen von einem Prinzip nicht noch durch eine freie Auslegung erhöhen darf. (Vergl. F. Endemann a. a. O. Note 15 S. 911.) Einräumung des Mitbesitzes liegt vor, wenn der Zugang zu der verpfändeten Sache nur durch ein Zusammenwirken des Pfandgläubigers und des Eigentümers möglich ist. Mitbesitz liegt also nicht vor, wenn jeder von beiden einen Schlüssel hat, der allein die Räume öffnet.[2] Demnach kann man von einer wirksamen Verpfändung überhaupt nicht sprechen, wenn der Eigentümer einen oder mehrere Schlüssel zum Lagerraume dem Pfandgläubiger übergibt; denn hier ist weder den Anforderungen des § 1205 Abs. 1 Satz 1 B. G. B. genügt,[3] der unmittelbaren Alleinbesitz verlangt, noch denen des § 1206 B. G. B. Wenn Staub in diesem Tatbestand eine Uebergabe gemäss § 1205 Abs. 1 Satz 1 B. G. B. erblicken will und dazu ausführt (l. c.), dass zum Besitz-

---

[1] Staudingers Kommentar, Anm. 1b zu § 1206 B. G. B.

[2] R. G. Bd. 37 S. 31; Staub a. a. O. Anm. 10 zu § 368 H. G. B.; F. Endemann S. 911 Note 16 für das jetzt geltende Recht nach R. G. Bd. 53 S. 219.

[3] Cosack, Bürgerliches Recht Bd. II, 1 § 242 II, 1, a, b; Biermann, Kommentar Anm. 1a zu § 1206 B. G. B.; Wolff in Jherings Jahrbüchern Bd. 41 S. 200. A. M. Staub, Anm. 9 zu § 368 H. G. B.; Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. II S. 501 c. c.

erwerb nur ein solches tatsächliches Verhältnis gehört, dass der Pfandgläubiger beliebig auf die Sache einwirken kann, so ist dies meines Erachtens nicht richtig, denn ein wesentliches Merkmal des Besitzes ist ausserdem noch der Ausschluss Dritter von der tatsächlichen Gewalt über die Sache.[1] Dieser Ausschluss Dritter ist aber in unserem Falle nicht vorhanden.

Bezüglich der Inhaberpapiere ist nur noch zu bemerken, dass die Ansicht der Motive,[2] dass ein Pfandrecht an Inhaberpapieren bei unmittelbarem oder mittelbarem Mitbesitz des Pfandgläubigers ausgeschlossen ist, im Gesetz keine Stütze findet.

Für die Verpfändung von Orderpapieren bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch in § 1292: „Zur Verpfändung eines Wechsels oder eines anderen Papiers, das durch Indossament übertragen werden kann, genügt die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers und die Uebergabe des indossierten Papiers.“ Ob neben dieser Form der Verpfändung noch eine andere Form zulässig ist, ist nicht unbestritten,[3] doch wird man sich mit der herrschenden Meinung für die Zulässigkeit einer Verpfändung der Orderpapiere nach den Vorschriften über Verpfändung von Rechten erklären dürfen.[4] Dafür spricht einmal die Stellung des § 1292 B. G. B. inmitten der Bestimmungen über das Pfandrecht an Rechten, sodann aber auch sein Wortlaut. Der Ausdruck „genügt“ ist vom Gesetzgeber mit Absicht gewählt. Im ersten Entwurf hiess es: „ist erforderlich“. Erst im zweiten Entwurf erhielt der § 1292 die jetzige Fassung entsprechend dem Art. 309 des a. H. G. B., womit die Möglichkeit einer Verpfändung nach Art der Abtretung offen gehalten werden sollte.[5] Sodann ist

---

[1] F. Endemann a. a. O. S. 199 Note 21.

[2] Bd. III S. 868.

[3] Dernburg a. a. O. Bd. III § 281, 1 Note 2.

[4] Biermann, Kommentar Anm. 3 zu § 1292 B. G. B.; Cosack, Bürgerliches Recht Bd. II § 246, II, 1 a.

[5] vgl. Protokolle zum B. G. B. Bd. III S. 529.

die nach § 1292 B. G. B. erfolgende Verpfändung, wie weiter unten dargetan werden wird, weiter nichts als eine Unterart der Verpfändung durch Abtretung, deren Möglichkeit sich aus dem Umstande ergibt, dass das Recht in einem Wertpapier und zwar in einem Orderpapier verbrieft ist.

Wird das Pfandrecht gemäss § 1292 B. G. B. bestellt, so ist erforderlich 1. Einigung zwischen Gläubiger und Pfandgläubiger darüber, dass das Pfandrecht dem Pfandgläubiger zustehen solle und 2. Uebergabe der an den Pfandgläubiger indossierten Urkunde.

Bezüglich der Einigung gilt das oben bei der Verpfändung von Sachen und Inhaberpapieren Gesagte.

Bezüglich der Uebergabe wird eine solche verlangt werden müssen, die den Anforderungen des § 1205 Abs. 1 Satz 1 B. G. B. entspricht.[1] Hierfür spricht der Wortlaut des § 1292 B. G. B. in Verbindung mit dem Sprachgebrauch des Gesetzes. Denn in § 1292 ist nur von Uebergabe die Rede. Darunter wird aber wie oben ausgeführt, beim Pfandrecht die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes seitens des unmittelbaren Besitzers verstanden, während die anderen Mittel der Besitzverschaffung als Uebergabeersatz bezeichnet werden (vgl. § 1205 Abs. 2 B. G. B.). Weiter soll aber auch der Pfandgläubiger in Stand gesetzt werden, dem Schuldner die Papiere auszuhändigen, da jede Einziehung der Forderung eine Rückgabe der Papiere an den Schuldner erforderlich macht, vgl. H. G. B. § 364 Abs. 3 W. O. Art. 39. Wenn demgegenüber geltend gemacht wird,[2] dass der Pfandgläubiger bei Orderpapieren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, neben der Einziehungs- noch die Verkaufsmöglichkeit besitzen und andererseits bei Inhaberpapieren, die doch auch nur gegen Rückgabe des Papiers geltend gemacht werden können, eine Verpfändung sowohl nach § 1205

---

[1] Biermann, Kommentar a. a. O. Anm. 1 zu § 1292 B. G. B.; Staub, Anm. 16 zu § 368 H. G. B.

[2] Wenzel a. a. O. S. 40.

wie auch 1206 B. G. B. möglich ist, so sind diese Einwendungen nicht stichhaltig; denn einmal ist fraglich, ob es zweckdienlich gewesen ist, die Inhaberpapiere beim Pfandrecht in jeder Beziehung den Sachen gleichzustellen, indem damit das im Papier verbriefte Recht nicht die nötige Berücksichtigung findet. Deshalb wird man die Verpfändungsart der Inhaberpapiere durchaus nicht als Vorbild für die Orderpapiere hinstellen können. Ferner wird bei Inhaberpapieren die Verkaufsmöglichkeit fast immer weit grösser sein als bei Orderpapieren, bei welch letzteren Einziehung der Forderung die Regel bilden dürfte.

Die Bestellung eines Pfandrechts an Orderpapieren durch den Aussteller vor der Begebung des Papiers ist nicht möglich, da das im Papier verkörperte Recht erst mit dem Abschluss eines Vertrages entsteht, das Pfandrecht an Orderpapieren aber ein Pfandrecht an Rechten ist.

Die Form des Indossaments richtet sich nach Art. 11 bis 13 der W. O. Es kann mithin Voll- oder Blankoindossament gewählt werden (vgl. auch § 365 Abs. 1, § 222 Abs. 3 H. G. B.).

Dass mit der Erfüllung der in § 1292 B. G. B. aufgestellten Erfordernisse ein Pfandrecht am Papier und dem Recht aus ihm entsteht, ist jedoch nicht unbestritten. Eine abweichende Ansicht[1] erachtet den Pfandgläubiger infolge des Indossaments als Eigentümer des Papiers und demgemäss als Gläubiger aus dem Papier. Doch sei dieses Eigentum fiduziarisch gebunden, d. h. der Pfandgläubiger obligatorisch verpflichtet, nur zu Pfandzwecken von dem ihm übertragenen Eigentum Gebrauch zu machen. Indessen wird man sich der herrschenden Meinung anschliessen dürfen, die sich für die Zulässigkeit des Pfand-

[1] Dernburg a. a. O. § 281 Ziffer 1 Abs. 3; F. Endemann a. a. O. § 145 Ziffer 2 S. 948; Turnau-Förster a. a. O. Anm. 1a zu § 1296 B. G. B.; Neumann, Handausgabe a. a. O. Anm. 1 zu 1292; Laband S. 245 fg.; Simonson in Z. 45 S. 569 und 577 fg.; Grünhut S. 89.

indossaments ausspricht.[1] Eine entgegengesetzte Auffassung kann aus der Entstehungsgeschichte des § 1292 B. G. B. nicht gefolgert werden. Die Motive[2] sprechen sich zwar für die oben genannte abweichende Ansicht aus und bei der zweiten Lesung wurde demgemäss von zwei auf demselben Standpunkt stehenden Antragstellern die Streichung des § 1225 (jetzt 1292) wegen seiner juristischen Unkonstruierbarkeit beantragt. Daneben verlangte der eine Neuschaffung eines tatsächlichen Pfandindossaments. Beide Anträge wurden zurückgezogen, als die Kommission erklärte, dass eine solche Vorschrift im Bürgerlichen Gesetzbuch aus praktischen Gründen nötig und daher die Vorschrift des Art. 309 des alten Handelsgesetzbuchs beizubehalten sei. Im übrigen werde aber die theoretische Konstruktion vollkommen offen gelassen.[3] Demnach ist nur der Gesetzestext massgebend. Im übrigen hängt die Streitfrage zusammen mit der Auffassung des Indossamentsbegriffes. Wer auf dem Standpunkt steht, dass jedes Vollindossament Eigentum am Papier und sämtliche Rechte aus demselben überträgt, muss zu der oben angeführten Ansicht kommen, dass es ein nur pfandrechtliche Wirkungen auslösendes Indossament nicht geben kann. Diese Auffassung des Vollindossaments dürfte indessen nicht zu halten sein. Man wird Jacobi[4] Recht geben müssen, dass zwei Dinge scharf zu trennen sind, die Uebertragung der Legitimation und die Uebertragung sonstiger Rechte. Uebergang der ersteren wird bei jeder

[1] Staub, Anm. 15 zu § 368 B. G. B.; Cosack, Bürgerliches Recht Bd. II § 262, IV; Planck a. a. O. Bem. 4 zu § 1292 B. G. B.; Biermann, Kommentar Anm. 2 zu § 1292 B. G. B.; Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. II S. 488; Gierke, Privatrecht Bd. II S. 151 Note 41; Jacobi a. a. O. S. 55 fg.; Staudinger-Kober zu § 1292, 2; Heymann S. 172 fg.; Wentzel S 40 fg.; Kostanecki S. 39 und 144; Felsmann S. 25 fg.

[2] Bd. III S. 868.

[3] Prot. Bd. III S. 527 fg.

[4] Das Wertpapier als Legitimationsmittel S. 45 fg.

Indossierung anzunehmen sein. Die weiteren Wirkungen des Indossaments werden sich aber nach dem zu Grunde liegenden Begebungsvertrage bestimmen. Dieser Auffassung steht anscheinend Art. 10 W. O. entgegen, welcher bestimmt, dass durch Indossament sämtliche Rechte aus dem Wechsel übergehen. Hiergegen lässt sich zweierlei anführen. Einmal gibt es neben dem Pfandindossament noch ein Vollindossament, das nicht die Wirkung des Art. 10 hat, nämlich das versteckte Inkassogiro, das dem Indossator nur die Eigentümer-Legitimation überträgt, während das Eigentum am Orderpapier beim Indossanten bleibt. Es findet im Gesetzestext keine Stütze und dennoch hat es sich in der Gerichtspraxis durchgesetzt.[1] Umsomehr wird man ein Vollindossament mit nur pfandrechtlicher Wirkung annehmen dürfen, da dieses in § 1292 B. G. B. ausdrücklich festgesetzt ist und seine Wirkungen in den folgenden Paragraphen im pfandrechtlichen Sinne begrenzt sind. Man wird daher den Art. 10 W. O. dahin interpretieren müssen, dass in ihm nur die Wirkungen desjenigen Vollindossaments geregelt sind, dem ein auf Eigentumsübertragung gerichteter Begebungsvertrag zu Grunde liegt, da dies die Regel ist und für die Regel eine gesetzliche Normierung angebracht war. Endlich kann auch weder aus dem Wortlaut noch aus dem Inhalt der das Pfandindossament in seiner Wirkung näher regelnden Paragraphen ein Stützpunkt für obige abweichende Ansicht bei richtiger Auslegung gewonnen werden. Wenn in § 1295 B. G. B. der Pfandgläubiger kurzweg als Gläubiger bezeichnet wird, so kann diesem Umstande nicht die Deutung gegeben werden, als wolle das Gesetz hiermit selber zum Ausdruck bringen, dass der Indossator des § 1292 B. G. B. Vollgläubiger sei, da einerseits das in § 1295 B. G. B. dem Indossator eingeräumte Recht sich innerhalb der Grenzen des Pfandrechts hält, während andererseits in § 1294

[1] Staub, W. O. Art. 17 Anm. 5 fg; R. G. in J. W. Jahrgang 1896 S. 8.

B. G. B., dessen Inhalt mehr aus dem Rahmen des Pfandrechts herausfällt, für den Indossator der Ausdruck „Pfandgläubiger“ gebraucht wird. Die oben genannte Abweichung des § 1294 erklärt sich aus rein praktischen Gründen, da der Wechsel zu einer bestimmten Zeit eingezogen werden muss und der Kurs der anderen Papiere sinken kann, sodass die mit der Einräumung des Pfandrechts bezweckte Sicherstellung des Pfandrechts nicht erreicht würde, wenn der Pfandgläubiger bis zur Fälligkeit seiner Forderung gegen den Pfandschuldner warten müsste. Die im Indossament liegende Legitimationsübertragung ermöglichte diese Erhöhung der pfandrechtlichen Sicherheit, indem man der Legitimation Rechte in beliebigem Umfange beigesellen kann. Keineswegs ist aber der § 1294 B. G. B. eine Konsequenz aus jener Auffassung des Vollindossaments, wonach mit ihm immer Eigentum übertragen wird und gemäss Art. 10 W. O. alle Rechte aus dem Papier auf den Indossator übergehen. Ist somit die Zulässigkeit des Pfandindossaments als eines mit besonderer pfandrechtlicher Wirkung ausgestatteten Vollindossaments dargetan, so ergibt sich hieraus, dass der Indossator nur das Recht eines Pfandgläubigers hat, während seine Legitimation weiterreicht, ihm also insbesondere das Recht der Weiterindossierung nicht zusteht. Eine wechselmässige Haftung des Indossanten bewirkt das Pfandindossament nicht,[1] denn der Garantieeffekt ist dem Indossament im Interesse der Umlaufsfähigkeit des Wechsels beigelegt und ist daher nur mit demjenigen Akte verbunden, der den Austausch des Wechsels gegen andere Vermögenswerte bezweckt, also dem Vollindossament gemäss Art. 10 W. O. Andererseits braucht sich der Indossator keine Einwendung aus der Person seines Indossanten gefallen lassen. Denn er übt nicht bloss ein fremdes Recht im eigenen Namen aus wie der Inkassomandator; vielmehr hat er ein selbständiges dingliches Recht am Papier und damit ein Recht

[1] O. L. G. Bd. 8 S. 197 fg.

aus dem Papier, das auch gegen den Verpfänder wirkt, der Eigentümer und Gläubiger geblieben ist, wenn er sich auch seiner Legitimation vollständig begeben hat.

Ist das Pfandindossament ausdrücklich als zu Pfandzwecken bestimmt bezeichnet, was nicht unzulässig sein wird,[1] so ist es streitig, ob diese Offenlegung des Zwecks auf die Legitimation des Indossators von Einfluss ist. Jacobi[2] plaidiert für eine beschränkte Legitimation, die nur so weit reicht, wie das Recht des Indossator und Pfandgläubigers. Hiergegen kann nicht geltend gemacht werden,[3] dass es in der Wechselordnung nur zwei Arten von Indossamenten gibt, das Vollindossament und das Prokuraindossament und dass bei ersterem immer die volle Legitimation übergehen müsse. Wir haben oben gesehen, dass der Begebungsvertrag für die Rechtsstellung des Indossators, der auf das Papier gesetzte Vermerk für seine Legitimation massgebend ist. Die Legitimation ist wegen des Dritten da, damit dieser im Rechtsverkehr möglichst wenig Gefahr läuft. Ist mündliche Beschränkung der Legitimation aus dem Legitimationsmittel ersichtlich, so wird die Gefahr für den Dritten dadurch nicht erhöht. In Art. 17 W. O. ist auch im Prokuraindossament eine Legitimationsbeschränkung ausdrücklich zugelassen, da hier das Legitimationsmittel, der Wechsel, diese Tatsache ersichtlich macht. Das Gleiche wird daher für das sogenannte offene Pfandindossament gelten müssen, da auch hier den Anforderungen des Rechtsverkehrs an das Verhältnis zwischen Legitimation und Legitimationsmittel Genüge geleistet ist. Allerdings ist zuzugeben, dass das

[1] vgl. Jacobi a. a. O. S. 60 fg ; Staub H. G. B. Anm. 15 zu § 368; Staudingers Kommentar Anm. 2d zu § 1292 B. G. B.; Biermann, Sachenrecht S. 505; Gierke, Privatrecht S. 150 Anm. 38; Wimpfheimer S. 59; Goldschmidt, Handbuch II Abt. 2 S. 494; v. Canstein S. 225; a. A. Laband S. 247 fg.; F. Endemann S. 68.

[2] a. a. O. S. 60 fg.

[3] vgl. Büsing a. a. O. S. 95; Kostanecki a. a. O. S. 49; Simonson bei Schmoller a. a. O. S. 178.

Resultat hier dasselbe sein wird wie bei Annahme voller Legitimationsübertragung, da dort, wo wir mangelnde Legitimation für vorliegend erachten werden, die andere Ansicht Bösgläubigkeit annehmen wird.[1] Ein offenes Pfandindossament wird auch bei den handelsrechtlichen Orderpapieren[2] zulässig sein, obwohl Art. 17 W. O. einer der Hauptstützen zu vorstehenden Ausführungen, in § 365 H. G. B. nicht ausdrücklich angeführt ist; trotzdem ist man im allgemeinen und zwar meines Erachtens mit Recht geneigt, die Anwendbarkeit des Art. 17 W. O. auf das handelsrechtliche Orderpapier anzuerkennen, da im Wechselrecht das Indossament am eingehendsten geregelt ist.[3]

Werden Orderpapiere nicht gemäss § 1292 B. G. B. verpfändet, sondern nach den allgemeinen Vorschriften über Verpfändung von Rechten, so ist hierzu erforderlich einmal die Einigung über die Entstehung des Pfandrechts und ferner die Uebergabe des Orderpapiers.[4] Die Notwendigkeit des letzteren ergibt sich aus der Wertpapiernatur des Orderpapiers, wonach die Geltendmachung der Forderung von der Innehabung des Papiers abhängt.[5] Damit entfällt das Erfordernis der Anzeige an den Schuldner, da dies nach § 1280 B. G. B. nur in denjenigen Fällen notwendig ist, wo zur Abtretung einer Forderung der Abtretungsvertrag genügt. Die Uebergabe kann nicht nur nach 1205 Abs. 1 B. G. B. erfolgen, sondern im Gegensatz zur Verpfändung nach § 1292 B. G. B. auch nach 1205 Abs. 2 und 1206 B. G. B.,[6] da für die vorliegende Art der Verpfändung in 1274 Abs. 1 S. 2 B. G. B. der

---

[1] vgl. Büsing a. a. O. S. 60.

[2] Die Namensaktie kommt hier nicht in Betracht wegen ihres besonderen Legitimationsmittels der Gesellschaft gegenüber, § 223 H. G. B.

[3] Strack a. a. O. S. 51; Wimpfheimer a. a. O. S. 57; Jacobi a. a. O. S. 61 Note 1.

[4] vgl. § 1274 Abs. 1 B. G. B.; Jacobi a. a. O. S. 254.

[5] Gierke, Privatrecht a. a. O. S. 118; Jacobi a. a. O. S. 121 fg.

[6] Jacobi a. a. O. S. 245 in Verbindung mit S. 253.

Uebergabeersatz der körperlichen Tradition gleichgestellt ist, was sachlich völlig gerechtfertigt ist, da der Pfandgläubiger nur unter den Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 B. G. B. die Einziehungsbefugnis hat. Den sich nach § 1228 Abs. 2 B. G. B. ergebenden Termin wird er aber im Voraus bestimmen und daher auch bis zu ihm sich in den unmittelbaren Besitz des Orderpapiers setzen können. Für die Verpfändung von Rektapapieren gelten dieselben Bestimmungen, wie sie soeben für Orderpapiere abgehandelt sind, da auch sie nach den allgemeinen Vorschriften über Verpfändung von Rechten zu behandeln sind. Eine Besonderheit gilt für Grundstückspfandbriefe, da hier der formlose Verpfändungsvertrag nicht genügt, sondern nach § 1154 Abs. 1 B. G. B. Schriftlichkeit der Verpfändungserklärung erforderlich ist.

Bei der Verpfändung mittels Lagerscheins wird zu unterscheiden sein diejenige mittels dinglich und diejenige mittels nur obligatorisch wirkenden Lagerscheins. Welchem Lagerscheine dingliche Wirkung und welchem bloss obligatorische zukommt, ist nicht unbestritten. Die herrschende Meinung geht dahin, nur denjenigen Orderlagerscheinen, die von staatlich hierzu ermächtigten Lagerhausanstalten ausgestellt sind, dingliche Wirkung beizulegen.[1] Abgesehen davon, dass diese sehr enge Interpretation der §§ 363 Abs. 2 und 424 H. G. B. den Bedürfnissen des Handels durchaus nicht gerecht wird, der dinglich wirkende Lagerscheine in weit grösserem Umfange verlangt, als die herrschende Ansicht zulassen will, hätte bei den Auslegern schon der Wortlaut der beiden Paragraphen Bedenken erregen müssen. In § 363 Abs. 2 H. G. B. ist die Ausgabe von Orderlagerscheinen nur den staatlich hierzu ermächtigen Anstalten gestattet, diesen aber nur unter der Bedingung

[1] Staub H. G. B. § 363 Anm. 33 in Verbindung mit Anm. 1 zu § 424; Lehmann-Ring a. a. O. § 424 Nr. 2; Müllendorf S. 41.

dingliche Wirkung beigelegt, dass der Aussteller Lagerhalter ist, d. h. einer, der das Lagergeschäft gewerbsmässig betreibt und mithin Kaufmann ist (vgl. § 416, § 1 Abs. 2 Ziffer 6 H. G. B.). Danach haben die staatlichen und städtischen Packhöfe, die vorzugsweise dem Zweck der Verzollung der Waren dienen, nicht die Befugnis zur Ausstellung von Orderlagerscheinen mit dinglicher Wirkung. Andererseits werden Kaufleute, die das Lagerhausgewerbe betreiben und zugleich Anstaltscharakter besitzen, höchst selten anzutreffen sein. Denn soweit Private das Lagerhausgewerbe betreiben, werden wir es immer höchstens mit einer Körperschaft und nicht mit einer Anstalt zu tun haben. Lehmann-Ring will allerdings den Ausdruck Anstalt dahin verstehen, dass hiermit nur Grossbetriebe gemeint seien, eine Annahme, welche durch nichts gerechtfertigt ist, wie weiter unten gezeigt werden wird. Weit eher wird den Anforderungen des Verkehrs eine andere, aber soweit ich sehe, ohne Nachfolge gebliebene Erklärung gerecht, die von Weissbart[1] unter Benutzung von Ausführungen Goldschmidt's[2] in engem Anschluss an die Entstehungsgeschichte der massgebenden Paragraphen versucht worden ist. Die Bestimmungen des § 363 im H. G. B. waren im a. H. G. B. in den Art. 301 und 302 niedergelegt. Von diesen beiden Artikeln ist der zweite, der von der Indossabilität der seitens staatlich hierzu ermächtigter Anstalten ausgestellten Lagerscheine handelt, erst in der dritten Lesung hinzugekommen.[3] Der Art. 301 H. G. B., der von der Indossabilität der kaufmännischen Anweisungen und Verpflichtungsscheine handelt, ist dagegen als Art. 255 bereits im ersten Entwurf vorhanden, nur enthält er noch nicht die Beschränkung auf eine Quantität vertretbarer Sachen.[4] Diese findet sich erst in

[1] a. a. O. S. 146 fg; vgl. noch Mollwo in Z. 58 S. 412 und Lehmann, Lehrbuch S. 531 Anm. 3.

[2] a. a. O. Handbuch S. 784, 785 Note 58, 59.

[3] Protokolle zu a. H. G. B. S. 4569, 5066—5074.

[4] Protokolle a. a. O. S. 554—564.

Art. 284 des zweiten Entwurfs.[1] Aus den Protokollen l. c. ergibt sich nun, dass unter diese Bestimmung auch die Lagerscheine fallen sollten und dass insbesondere unter einer Quantität vertretbarer Sachen nicht bloss generisch bestimmte Sachen zu verstehen sind, dass es vielmehr nur darauf ankommt, ob die Sachen nach den Anschauungen des Verkehrs als vertretbar anzusehen sind, mögen sie auch in der Abmachung der Parteien als individuell bestimmte erscheinen. Der Art. 284 des zweiten Entwurfs ist nun unverändert in das Gesetzbuch übergegangen, wobei es ohne Belang ist, dass in der dritten Lesung ein Antrag auch den über eine species lautenden Lagerschein für indossabel zu erklären, abgelehnt wurde, da dies nur geschah, um nicht die Indossabilität vom Lagerschein über eine bestimmte, nicht fungible Sache allgemein anzuerkennen.[2] Demnach kommt für die Beurteilung der Indossabilität der Lagerscheine sowohl Art. 301 wie 302 H. G. B. in Betracht. Hierbei ist noch zu beachten, dass es in der ersten Fassung des letzteren Artikels hiess: „Die — von einem Kaufmann oder einer staatlich dazu autorisierten Anstalt usw.“ Im Gesetz ist „von einem Kaufmann oder“ weggelassen, wohl in der Erwägung, dass die von Kaufleuten ausgestellten Lagerscheine nach Art. 301 zu beurteilen seien, und dass Art. 302 für die nicht kaufmännischen Lagerhalter, also insbesondere für staatliche und städtische Packhöfe, gelte.[3] Somit ergeben sich für das alte Handels-Gesetzbuch zwei Arten von Order-Lagerscheinen:[4] Erstens die von Kaufleuten über vertretbare Sachen an Order ausgestellten Verpflichtungsscheine, zweitens die von staatlich zur Aufbewahrung beweglicher Sachen ermächtigten Anstalten an Order ausgestellten Auslieferungsscheine ohne Rücksicht

[1] Protokolle a. a. O. S. 1324—1332, 1414, 1418.
[2] Protokolle a. a. O. S. 4563—4569.
[3] Protokolle a. a. O. S. 4569, 5066—74.
[4] vgl. Goldschmidt, Handbuch a. a. O. S. 782.

auf die Vertretbarkeit der Waren oder die Kaufmannseigenschaft der Anstalt.

Dieser Rechtszustand hat durch das neue Handelsgesetzbuch und das Bürgerliche Gesetzbuch keine Veränderung erfahren, da die Bestimmungen der Art. 301 und 302 H. G. B. in § 363 H. G. B. enthalten sind.[1] Auch nach B. G. B. § 91 ist für die Vertretbarkeit die Verkehrsanschauung massgebend und damit ein durchaus objektives Moment ausschlaggebend, womit den Zwecken des Verkehrs nur gedient ist; denn der Dritterwerber eines Lagerscheins wird so aus dem Inhalt desselben leicht erkennen können, ob Vertretbarkeit vorliegt oder nicht.

Dass dem gewerbsmässigen Lagerhalter Kaufmannseigenschaft beigelegt worden ist, hat zunächst für die Indossabilität des Lagerscheins keine besondere Wirkung. Die von ihm ausgestellten Lagerscheine werden, soweit er nicht zu den in § 363 Abs. 2 H. G. B. genannten staatlich ermächtigten Anstalten gehört, nur unter den Voraussetzungen des § 363 Abs. 1 H. G. B. indossabel sein, zu welchen auch die Unabhängigkeit der Verpflichtung von einer Gegenleistung gehört. Die Bezahlung der Lagerspesen wird im Gegensatz zu Weissbart a. a. O. S. 154 nicht als solche anzusehen sein; denn die Gegenleistung muss den Gegenwert für die gelieferte Ware darstellen; die Lagerspesen stehen aber zum Wert der lagernden Waren in keinem Vergleich.[2] Wenn man blos auf die Indossabilität des Lagerscheins sieht, gibt es also auch nach dem neuen Handelsgesetzbuch nur zwei Arten von Lagerscheinen. Durch die Bestimmungen des § 424 H. G. B. werden bei jeder Art zwei Unterabteilungen geschaffen, indem die in diesen festgesetzte dingliche Wirkung nur dem von einem Lagerhalter i. S. des § 416 H. G. B. ausgestellten Lagerscheine zukommt.

Hiernach ergibt sich für unser geltendes Recht folgendes bezüglich des Orderlagerscheins: Mit dinglicher

[1] Denkschrift a. a. O. S. 186, 187.

[2] Staub H. G. B. § 363 Anm. 24; R. G. Bd. 59 S. 375.

Wirkung sind ausgestattet: 1. die von einem Lagerhalter i. S. des § 416 gemäss § 363 Abs. 1 H. G. B. ausgestellten Verpflichtungsscheine über eine Quantität vertretbarer Waren; 2. die von einer staatlich dazu ermächtigten Anstalt gemäss 363 Abs. 2 H. G. B. ohne Rücksicht auf die Vertretbarkeit der Waren ausgestellten Lagerscheine, sofern die Anstalt Lagerhalter im Sinne des § 416 H. G. B. ist. Bloss obligatorische Wirkung haben 1. die von einem Kaufmann, der nicht Lagerhalter im Sinne des § 416 ist, gemäss 363 Abs. 1 ausgestellten Verpflichtungsscheine über eine Quantität vertretbarer Waren, 2. die von einer staatlich dazu ermächtigten Anstalt, die nicht Lagerhalter im Sinne des § 416 ist, ausgestellten Lagerscheine.[1]

Rektalagerscheine werden, obwohl das Gesetz nichts über sie sagt, allgemein als zulässig angesehen, und es wird ihnen nach der herrschenden Meinung[1a] nur obligatorische Wirkung beigelegt.[1b] Das Gleiche hat für Inhaberlagerscheine zu gelten,[2] obwohl es hier nicht unbestritten ist.[3] So ist ihnen dingliche Wirkung von Wimpf-

---

[1] Die Versuche von Kempner S. 20, 21 und Rob. Mayer S. 6, 7, die Ansicht Weissbarts zu widerlegen, sind m. E. nicht gelungen. Die Unhaltbarkeit ihrer Beweisführung ist m. E. bereits durch die soeben gegebene eingehende Darstellung der Entstehungsgeschichte der in Betracht kommenden Gesetzesbestimmungen dargetan. Insbesondere ist die Voraussetzung Mayers, dass in § 363 H. G. B. unter Leistung vertretbarer Sachen „zweifellos" die Erfüllung einer Gattungsschuld zu verstehen sei, durchaus unbegründet.

[1a] A. a. Wimpfheimer und Burchard.

[1b] Lehmann-Ring a. a. O. § 424 Nr. 5; Staub H. G. B § 424 Anm. 7.

[2] Lehmann-Ring a. a. O. § 424 Nr. 13; Staub H. G. B. § 424 Anm. 8.

[3] Für die unbeschränkte Zulässigkeit von Inhaber-Lagerscheinen überhaupt jetzt sämtliche Schriftsteller mit Ausnahme von Mackower; vgl. Kempner S. 42.

heimer S. 26 und Burchard Bd. 16 S. 36 beigelegt worden.[1] Wimpfheimer folgert dies einmal aus der Zulässigkeit der Inhaberlagerscheine und zweitens aus dem Umstand, dass sie bis 1900 unbestritten dingliche Wirkung hatten. Diese Folgerung darf aber nicht gezogen werden; denn die Rechtslage ist nach dem alten und dem neuen H. G. B. eine ganz verschiedene. Nach dem alten H. G. B. stand einer analogen Ausdehnung der Bestimmung des Art. 649, der die dingliche Wirkung für Konossemente festsetzte, auf die verschiedenen Arten der Lagerscheine nichts entgegen, da für diese keine diesbezügliche Bestimmung getroffen war. Im neuen H. G. B. ist aber die dingliche Wirkung des Lagerscheins geregelt und zwar, wie wir gesehen haben, für zwei Arten der Orderlagerscheine. Damit sind die Inhaberlagerscheine von der dinglichen Wirkung ausgeschlossen. Andrerseits ist die staatliche Ermächtigung für den Aussteller immer entbehrlich, da die Schuldverschreibungen auf den Inhaber im B. G. B. geregelt sind und ausserdem auf dem Gebiete des Obligationenrechts der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt.[2] Die von Staub in der 6./7. Auflage vertretene gegenteilige Ansicht ist in der 8. Auflage nicht mehr aufrecht erhalten worden.[3]

Bei der Verpfändung mittels dinglich wirkenden Lagerscheins taucht die Frage auf, ob diese gemäss § 1205 Abs. 2 B. G. B. vorzunehmen ist oder nicht. Diese Frage kann nur beantwortet werden nach Erledigung der Vorfrage, wie wir uns denn eigentlich die dingliche Wirkung der Traditionspapiere vorzustellen haben. Unter

---

[1] vgl. auch noch Strack S. 10 fg.; Beckmann S. 39, 40 und Brügmann S. 81.

[2] R. G. Bd. 59 S. 374.

[3] Für die herrschende Meinung vgl. Lehmann-Ring a. a. O. § 424 Nr. 13; Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. III S. 524; Heilbrunn S. 175; Beling S. 128; Behrend S. 541; Heymann S. 160/161; Fischer S. 299; Jacobi S. 110; Lehmann, Lehrbuch, II § 424, 2.

den hierüber aufgestellten Theorien sind zunächst zwei Gruppen zu unterscheiden, diejenige, welche unter Benutzung der im B. G. B. niedergelegten Besitzlehre eine Erklärung zu geben sucht und diejenige, welche ohne Rücksicht auf das durch die Traditionspapiere geschaffene Besitzverhältnis ihre dingliche Wirkung allein aus den im H. G. B. für Traditionspapiere gegebenen Bestimmungen ableitet. Die erstere Gruppe soll nach dem Vorgange von Heymann[1] als relative Theorie bezeichnet werden, die letztere als absolute. Die relativen Theorien zerfallen wiederum in zwei Unterabteilungen, in die streng relative Theorie[2] und die Repräsentationstheorie.[3]

Zum Verständnis der Theorien wird es notwendig sein, kurz festzustellen, welches die durch Begebung des Lagerscheins geschaffenen Besitzverhältnisse sind.

Werden Güter in einem Lagerhause eingelagert, so ist der Lagerhalter unmittelbarer Besitzer, der Einlagerer mittelbarer Besitzer gemäss § 868 B. G. B.; denn der Lagervertrag ist nur eine Abart des Verwahrungsvertrages, der in § 868 namentlich aufgezählt und demgemäss ein ähnliches Verhältnis ist. Dabei wird der mittelbare Besitzer mit der herrschenden Meinung als wahrer Sachbesitzer anzusehen[4] und sein Wesen in dem Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den Besitzmittler zu finden sein, wozu noch kommt, dass der Besitzmittler den Besitz der Sache als einen ihm anvertrauten behandeln muss.[5] Die Hauptsache ist jedenfalls das Vorhandensein des Herausgabeanspruchs. Dies ergibt sich deutlich aus § 870 B. G. B. Der Anspruch, der, wie aus § 868 klar hervorgeht, immer obligatorischer Natur sein muss, ist das

---

[1] a. a. O. S. 146.

[2] Heymann a. a. O. S. 163.

[3] Heymann a. a. O. S. 162.

[4] Gierke, Fahrnisbesitz a. a. O. S. 7; Dernburg a. a. O. S. 55; Crome a. a. O. S. 30/31.

[5] Strohal a. a. O. Bd. 38 S. 16 fg., § 3, Bd. 29 S. 367 fg., Bd. 310, 39 fg.

Band, das den mittelbaren Besitzer mit der Sache verknüpft. Auf ihm ruht sein Besitz, seine tatsächliche Gewalt, die allerdings, weil nur auf einem Rechtsband beruhend, stark verfeinert ist.[1] Nach diesen Ausführungen ist Cosacks Lehre vom mittelbaren Besitz unhaltbar, der ihn als Stellvertretung im Besitz mit Selbstbesitz zu konstruieren sucht und damit einem subjektiven Moment, dem Willen des Besitzmittlers eine hervorragende Bedeutung zuweist, was mit der gesetzlichen Normierung der betreffenden Materie im Widerspruch steht, für die vorwiegend objektive Momente massgebend gewesen sind.[2] Ebenso wird seine Konstruktion des Herausgabeanspruchs als eines die Sache dinglich beherrschenden Rechts abzulehnen sein, da diese Auffassung im Gesetz ebensowenig eine Stütze findet.

Durch die Ausstellung eines Lagerscheins wird in dem eben geschilderten Besitzverhältnis nichts geändert, nur dass der Herausgabeanspruch jetzt an ein Wertpapier geknüpft und daher bezüglich seiner Uebertragbarkeit den für dieses geltenden Bestimmungen unterworfen ist. Denn mit der Verbriefung des Herausgabeanspruchs ist derselbe nicht zu einer abstrakten Forderung wie der Wechsel geworden, sondern die causa des Lagervertrages äussert ihre Wirkung auch auf den Lagerschein.[3] Es handelt sich stets um eine Forderung ex deposito. Nur bewirkt die Verbriefung als Wertpapierforderung, dass sich ihr Inhalt für den Scheininhaber allein nach dem Gesetz und dem Wortlaut der Urkunde bestimmt.

Eine weitere Frage ist nun die, ob § 870 B. G. B. auf die Begebung aller drei Arten von Lagerscheinen an-

---

[1] vgl. Heymann a. a. O. S. 154.

[2] vgl. Cosack B. G. B. a. a. O. 3 A. 01 S. 62 fg. In der 5. Auflage scheint Cosack diese Ansicht zum Teil aufgegeben zu haben. Dem Willen des Besitzmittlers legt er aber auch jetzt noch eine grosse Bedeutung bei.

[3] Goldschmidt, Handbuch a. a. O. § 76 S. 781; Cosack, Handelsrecht a. a. O. S. 533 fg.

wendbar ist; denn für § 870 B. G. B. gilt nach § 413 B. G. B. der Grundsatz von der Zession[1] und damit ist zunächst nur die Anwendbarkeit des § 870 auf Rectalagerscheine ausser Zweifel gestellt, da bei ihnen sich die Form der Uebertragung nach dem verbrieften Recht richtet, also immer eine auf die Forderung bezügliche Abtretungserklärung abgegeben werden muss. Anders liegt die Sache bei Order- und Inhaberlagerscheinen, da hier die Forderung hinter dem Papier zurücktritt und bei den ihnen eigentümlichen Uebertragungsformen auch ein originärer Rechtserwerb der Forderung möglich ist, womit der Begriff der reinen Zession nicht mehr gewahrt ist. Doch ist weder das Indossament noch die Uebertragungsform des Inhaberpapiers von der reinen Zession so grundverschieden, dass eine Subsumtion der beiden Uebertragungsformen unter § 870 bei einer möglichst extensiven Interpretation desselben unmöglich wäre. Der bei ihnen vorkommende originäre Rechtserwerb hat ein Seitenstück im Rechtserwerb an körperlichen Sachen auf Grund guten Glaubens. Er wird in beiden Fällen ermöglicht durch das Vorhandensein eines Legitimationsmittels, hier des Besitzes, dort des Wertpapiers und hat seinen Grund in dem Bestreben nach Erhöhung der Verkehrssicherheit. Die Beschränkung der Einwendungen bei Order- und Inhaberpapieren ist gleichfalls zum Zwecke der grösseren Umlaufsfähigkeit statuiert.[2] Diese Besonderheiten der Order- und Inhaberpapiere hängen also mit ihren Uebertragungsformen keineswegs zusammen, nötigen also zum Zwecke ihrer Erklärung nicht zur Konstruktion eines Vertrages zu Gunsten Dritter, wie dies die herrschende Meinung tut.[3] Vielmehr findet auch bei Begebung von Order- und Inhaberpapieren eine Sukzession in der Forderung statt. Nur ist die Uebertragbarkeit derselben eine

---

[1] Strohal a. a. O. Bd. 38 S. 94.

[2] Jacobi a. a. O. S. 220.

[3] vgl. Jacobi a. a. O. S. 219.

Uebertragbarkeit nach Massgabe des Papiers. Die Verbriefung der Forderung gestaltet die Sukzession in diese zu einer besonderen, was bisweilen bis zu einer Durchbrechung des Prinzips, zum originären Rechtserwerb, aber keineswegs zu einer Aufhebung desselben führt, ebensowenig wie dies beim gutgläubigen Erwerb dinglicher Rechte an beweglichen Sachen und Liegenschaften der Fall ist.[1] Die Nachfolge in die in Order- oder Inhaberpapieren verbriefte Forderung ist demnach keine Abart der Zession, sondern bildet gleich der in § 399 fg. B. G. B. geregelten bürgerlich rechtlichen Zession eine Unterart der Zession im allgemeinen, d. h. eine besondere Ausgestaltung des in § 398 B. G. B. aufgestellten Zessionsbegriffes;[2] denn die hier verlangte Einigung über den Uebergang des Forderungsrechtes liegt bei der Weiterbegebung von Wertpapieren vor.[3] Wenn also auch § 870 B. G. B. nach seinem Wortlaut nur für die bürgerlich rechtliche Zession gilt, so wird man doch schon auf dem Wege der extensiven Interpretation, ohne zur Analogie greifen zu müssen, seine Geltung auch auf den Uebergang der in Order- oder Inhaberpapieren verbrieften Forderungen ausdehnen können. Denn der Sinn der Gesetzesbestimmung geht dahin, dass derjenige den unmittelbaren Besitz erwirbt, der einen obligatorischen Herausgabeanspruch gemäss § 868 B. G. B. erwirbt. Damit fallen auch die Fälle des originären Rechtserwerbs unter § 870 B. G. B., da der Neuerwerber einen obligatorischen Herausgabeanspruch erhält, während der alte Anspruch erlischt.[4]

Für alle Lagerscheine gilt hiernach, dass mit ihrer ordnungsmässigen Begebung der mittelbare Besitz an der Ware übergeht, so lange sich diese im unmittelbaren Besitz des Lagerhalters befindet. Dieser Satz ist ohne Rücksicht

---

[1] Gierke in Z. Bd. 29 S. 259.
[2] vgl. Büsing a. a. O. S. 167.
[3] Jacobi a. a. O. S. 107.
[4] Strohal a. a. O. Bd. 31 S. 46; Hellwig, Verträge a. a. O. S. 345; Makower a. a. O. S. 1002.

auf die für dinglich wirkende Lagerscheine gegebenen Bestimmungen gewonnen worden und gilt daher in gleicher Weise für obligatorische und dingliche Lagerscheine. Bezüglich der letzteren ist auf Grund der für sie gegebenen Bestimmungen § 424 H. G. B. eine besondere Besitzlehre konstruiert worden. Wimpfheimer [1] geht davon aus, dass der § 870 B. G. B. in den Fällen versage, wo der Lagerhalter den unmittelbaren Besitz verloren hat. Der Zweck des § 424 H. G. B. sei es nun, dem Papierinhaber auch in diesen Fällen Besitz zuzusprechen und weiterhin auch noch die Uebertragung des Eigentums nach § 929 und nicht nach § 931 B. G. B. zu statuieren. Damit schreibt er jedem Papierinhaber fiktiv — unmittelbaren Besitz an der Ware zu. Dem widerspricht aber das System unseres heutigen Rechts, indem sich überhaupt kein Fall des fiktiven Besitzes nachweisen lässt. Denn die Besitzlehre des B. G. B. ist römisch-rechtlicher Natur, sie kennt nur den durch Interdikt geschützten Besitz und weiss nichts von der ideellen Gewere des Mittelalters, die keine andauernde Tatsächlichkeit der Gewalt voraussetzt, sondern stark formalisiert ist. Der durch Interdikte geschützte Besitz muss aber notwendig tatsächliche Gewalt sein, denn Besitzesschutz ist nur da anwendbar, wo eine tatsächliche Störung möglich ist. Tatsächliche Gewalt liegt aber auch bei Erbenbesitz und bei mittelbarem Besitz vor, wenngleich sie in letzterem Falle, wie oben ausgeführt, stark verfeinert ist. [2] Ausserdem wird Wimpfheimer mit seiner Konstruktion den Zweck, dem Papierinhaber den Besitzschutz zu verschaffen, nicht erreichen, wie Alexander näher dargelegt hat.[3]

Von anderer Seite ist behauptet worden, dass dem Inhaber des Traditionspapiers als solchem überhaupt kein

---

[1] a. a. O. S. 33 fg.

[2] vgl. hierzu die näheren Ausführungen bei Heymann a. a. O. S. 154 fg.

[3] Alexander a. a. O. S. 17 fg.

Besitz des Gutes zusteht.[1] Pappenheim stützt sich für diese seine Auffassung, indem er seine Beweisführung auf das Konossement beschränkt, auf § 647 H. G. B. Zuzustimmen ist ihm darin, dass der Paragraph nichts für diejenigen beweist, die den Traditionspapierinhabern mittelbaren Besitz zusprechen. Aber ebensowenig bietet er für seine Ansicht eine Stütze. Es ist vielmehr für die Regelung des Besitzverhältnisses völlig belanglos. Wenn er weiterhin dartut, dass auch § 647 H. G. B. nicht von der entgegengesetzten Ansicht für ihre Zwecke verwandt werden kann, so trifft uns das nicht, da es uns gelungen ist, ohne Rücksicht auf § 647 das Besitzverhältnis bei Begebung von Lagerscheinen darzustellen.

Nach dieser Untersuchung über die durch die Lagerscheine geschaffenen Besitzverhältnisse kann auf die sich mit der dinglichen Wirkung des Lagerscheins beschäftigenden Theorien näher eingegangen werden. Von den relativen Theorien untersucht die streng relative, welchem Tatbestande des Bürgerlichen Gesetzbuches die in § 424 H. G. B. angeordnete Uebertragung dinglicher Rechte sich am leichtesten subsumieren lässt. Hellwig[2] ist der Begründer dieser Theorie. Er vertritt die Ansicht, dass wie auf den Besitzübergang § 870 B. G. B., so auf den Eigentumsübergang § 931 B. G. B. Anwendung finden müsse; denn die Verschaffung des Herausgabeanspruchs durch Indossament stelle einen der Vindikationszession des B. G. B. gleichwertigen Tatbestand dar, und es bedeute keine Abweichung vom Prinzip, sondern nur eine Ausgestaltung desselben, wenn die Form des Erwerbs eine andere und der gute Glaube besser geschützt sei. Im einzelnen ist diese Theorie von Makower[3] durchgeführt worden.

---

[1] vgl. Pappenheim in der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 44 S. 372 fg.

[2] Verträge a. a. O. S. 345, S. 497.

[3] a. a. O. S. 1390 fg. zu § 424 H. G. B.

Zugegeben ist, dass nach ihr das Prinzip der Besitzverschaffung zum Zwecke der Eigentumsübertragung nicht mehr streng aufrecht erhalten wird; denn nach § 931 B. G. B. kann das Eigentum durch Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs abgetreten werden. Doch ist diese Konstruktion unhaltbar, wenn man ihre Konsequenzen aufzeigt. Einmal können der rei vindicatio die Einwendungen des § 986 B. G. B. entgegengesetzt werden. Dies zessiert nur insoweit, als der durch die Begebung des Orderlagerscheins entstandene selbständige Herausgabeanspruch reicht.[1] Weiter findet § 936 Abs. 3 B. G. B. Anwendung, wonach im Falle der Veräusserung gemäss § 931 B. G. B. die dem dritten Besitzer zustehenden dinglichen Rechte dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht erlöschen. Und endlich ist eine Verpfändung nur nach § 1205 Abs. 2 B. G. B. möglich, d. h. es ist immer eine Anzeige an den Lagerhalter nötig. Diese Konsequenzen laufen aber dem Zwecke des § 424 H. G. B., eine Mobilisierung der Ware zu bewirken, grade zuwider.

Die Repräsentationstheorie[1a] hält im Gegensatz zur streng relativen Theorie an dem Erfordernis der Besitzverschaffung immer fest. Sie erklärt den Papierinhaber nur dann für den Eigentümer der Ware, wenn und solange er sich im mittelbaren Besitz der Ware befindet. Auf den Eigentumsübergang finden aber die für die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes geltenden Normen Anwendung. Es wird mithin der unmittelbare Besitz des Lager-

---

[1] vgl. Heymann a. a. O. S. 169.

[1a] Düringer - Hachenburg Bd. II § 363 Note IV, § 364 Note III d, Bd. III § 424 Note III; Biermann, Kommentar § 936 Anm. 1, § 934 Anm. 2; F. Endemann S. 200; Gierke, Privatrecht Bd. II S. 547; Jacobi a. a. O. S. 271 fg.; Wolff in Z. Bd. 58 S. 621; Boyens Bd. II ad § 647; Mittelstein Bd. I S. 307; Cosack, Handelsrecht 7. A. § 135, III, 2, § 158, III, 4; Schaps S. 506; Lehmann, Handelsrecht S. 538; Lieser § 23; Hillenkamp S. 41; von Rupprecht S. 50; Lange S. 63 fg.; Haarmann S. 46; Steinmetz S. 33—36.

scheininhabers am Lagergut neben seinem in Wahrheit vorhandenen mittelbaren Besitz fingiert. „Es handelt sich um eine Besitzfiktion dem Grade nach.“ [1] Der Stützpunkt der Theorie ist der Wortlaut des § 424 H. G. B. Nach diesem hat die Papierübergabe an den Indossator dieselben Wirkungen wie die Uebergabe des Gutes selbst. Daraus wird gefolgert, dass die Begebung des Orderlagerscheins einen Uebergabeersatz darstelle und dass auf diesen Ersatz alle für die körperliche Uebergabe selbst geltenden Regeln anzuwenden seien.

Gegen die Repräsentationstheorie ist geltend zu machen, dass ihre Herleitung aus § 424 H. G. B. nicht stichhaltig ist. Nach diesem Paragraphen ist die Begebung des Orderlagerscheins der körperlichen Uebergabe des § 929 B. G. B. nicht in jeder Beziehung gleichgestellt, sondern nur in Bezug auf den Erwerb von Rechten an dem Gute. Damit ist eine Gleichstellung in der Verschaffung des Besitzes nicht vorhanden, und die §§ 424 H. G. B. und 929 B. G. B. sind einander nicht unter-, sondern nebenzuordnen. Auch die praktischen Konsequenzen der Theorie sind dem Verkehrsbedürfnis nicht entsprechend. Nach ihr ist eine Abtretung des Eigentums in dem Falle, dass der Lagerhalter den Besitz verloren hat, nicht möglich. In dieser Möglichkeit wird aber vielfach gerade eine Hauptfunktion des Lagerscheins gesehen.[2] Aus dem Gesetz wird man m. E. diese Möglichkeit auch entnehmen können. In § 424 H. G. B. ist nämlich wohl der Anfangspunkt der dinglichen Wirkung des Lagerscheins normiert, aber nicht der Endpunkt. Der in § 424 gebrauchte Ausdruck „übernommen“ wird nicht dahin gedeutet werden können, dass der Lagerhalter dauernd im

[1] vgl. Heymann a. a. O. S. 163.

[2] Adler, österreichisches Lagerhausrecht S. 173; derselbe in Grünhut's Zeitschrift Bd. 22 S. 342; Kohler, in Grünhut's Zeitschrift Bd. 14 S. 167; Strohal, Sukzession a. a. O. S. 214, 215; derselbe, in Jherings Jahrbüchern Bd. 38. S. 95.

Besitz des Gutes bleiben müsse, damit der Lagerschein dingliche Wirkung behalte.

Die Repräsentationstheorie vermöchte im Falle des Verlustes des Besitzes durch den Lagerhalter höchstens mit einer Vindikationszession helfen, was aber zu grossen Komplikationen führen könnte und daher von ihren Vertretern noch nie vorgeschlagen worden ist.[1]

Eine Mittelstellung zwischen der absoluten und der relativen Theorie nehmen die Theorien von Kostanecki und Wimpfheimer ein. Kostanecki[2] sucht die Schwäche der Repräsentationstheorie zu vermeiden, indem er für den Inhalt des Traditionspapiers eine Eigentumspräsumtion sprechen lässt. Damit wird aber wenig gewonnen sein. Denn gerade im Falle der Eigentumsübertragung ohne Besitzübertragung erwirbt der Indossator des Lagerscheins nur präsumtives Eigentum. Wird nun die Vermutung entkräftet, so ist der Scheinerwerber genau so schutzlos wie bei der Repräsentationstheorie. Bei der Konstruktion Kostaneckis handelt es sich daher lediglich um eine Beweisverschiebung, ohne über die Repräsentationstheorie hinauszuführen, ganz abgesehen davon, dass seine Theorie auch im Gesetz mit Erfolg kaum eine Stütze finden dürfte. Das B. G. B. kennt wohl Eigentumspräsumtionen, aber nur für den gegenwärtigen oder früheren Besitzer, aber nicht, wie Kostanecki will, für einen Nichtbesitzer.

Auch Wimpfheimer[3] sucht einen Ausgleich des Gegensatzes zwischen Besitz und Eigentumsübergang zu finden. Zunächst wendet er sich dagegen, dass „der Besitzer des Lagerscheins Besitzer der Ware“ sei. Denn Uebergabe des Lagerscheins und Uebergabe des Gutes seien nur in Bezug auf den Erwerb dinglicher Rechte gleichgestellt. Aus dieser nur nach einer Seite ausgeübten gleichmässigen Wirkung könne man aber noch nicht auf die Wesens-

[1] vgl. Heymann a. a. O. S. 166 fg.
[2] a. a. O. S. 30 fg.
[3] a. a. O. S. 33 fg.

identität beider Uebertragungsformen schliessen. Im folgenden entpuppt er sich jedoch selbst als ein Anhänger des von ihm verpönten Satzes. Denn einmal schreibt er, wie oben ausgeführt, dort wo die Vorschriften des B. G. B. zum Besitzübergang nicht ausreichen, dem Besitzer des Lagerscheins auf Grund des § 424 H. G. B. fiktiven Besitz am Gute zu, und ferner soll der Uebergang von Rechten an der Ware in allen Fällen nach § 929 B. G. B. und den ihm entsprechenden Paragraphen, aber nicht nach § 931 B. G. B. beurteilt werden. Damit kommt er zu einer doppelten Besitzfiktion. Einmal schreibt er einem Nichtbesitzer unmittelbaren Besitz zu und dort, wo mittelbarer Besitz vorhanden ist, nimmt er unmittelbaren Besitz an. Die Unvereinbarkeit dieses Resultates mit den Bestimmungen des Gesetzes ist oben dargetan.

Der Vater der absoluten Theorie ist Exner. Er hat in seiner Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition[1] zum ersten Male die Behauptung aufgestellt, dass die Konossementsübertragung eine vom modernen Handelsverkehr erzeugte neue Form des dinglichen Vertrages sei und in der Einhändigung einer über die Vertragsobjekte in einer bestimmten Form errichteten Urkunde bestehe. Diese Form des dinglichen Vertrages stehe nach gemeinem Gewohnheitsrecht der Tradition gleichwirksam zur Seite.[2] Er erklärt diese von der allgemeinen Vorschrift des bürgerlichen Rechts abweichende Uebertragungsform dahin, dass das Papier nicht bloss Träger eines obligatorischen Rechts, sondern einer dinglichen Berechtigung ist. Das zu bestellende dingliche Recht selbst sei im Konossement inkorporiert und frei transferibel gemacht, sodass es auf Grund beiderseitigen Konsenses durch die Uebernahme des Papiers erworben wird. Gegen die Konstruktion von Exner sind zwei Einwendungen erhoben worden, die sich gegen die absolute Theorie als solche richten und nicht

[1] a. a. O. S. 207 fg.

[2] Exner a. a. O. S. 208, 209.

gegen die spezielle Ausgestaltung, die ihr Exner gegeben hat. Sie werden daher abgetan werden müssen, ehe auf letztere näher eingegangen wird. Goldschmidt[1] hält Exner entgegen, dass es ihm unmöglich sei, die von ihm für das Konossement nachgewiesene dingliche Wirkung auf den Lagerschein analog auszudehnen, da er das Vorhandensein eines oder mehrerer Rechtssätze behaupte, die Eigentumserwerb ohne Besitzerwerb statuierten, und ihm damit ein Zurückgehen auf allgemeine Rechtsregeln abgeschnitten sei. Nach Randa[2] spricht gegen Exners Annahme die jahrhundertlange Entwicklung, der „historische und logische Parallelismus des Besitz- und Eigentumserwerbs durch Tradition". Gegen Goldschmidt hat sich Exner selbst verteidigt.[3] Seine besondere Konstruktion werde nur der allgemein zugegebenen Besonderheit des Traditionspapiers gerecht; man könne ihr daher nicht den Vorwurf machen, dass sie eine Anomalie statuiere, zumal das Handelsrecht in dem Eigentumsübergang von Schiffen noch eine solche Besonderheit kenne. Trotz dieser Zurückweisung wird sich der Einwand Goldschmidts, dass die Exnersche Theorie eine analoge Ausdehnung nicht vertrage, nicht leicht widerlegen lassen. Ob sie daher für das alte H. G. B. eine ausreichende Erklärung der dinglichen Wirkung der Lagerscheine geben kann, dürfte sehr zweifelhaft sein; für das neue H. G. B. gilt dies Bedenken nicht, da hier die Dinglichkeit der Lagerscheine ausdrücklich in § 424, der in seiner Fassung dem Art. 647 des alten H. G. B. nachgebildet ist, festgesetzt worden ist. Der Umstand, dass das neue H. G. B. für nötig gehalten hat, die Dinglichkeit bei jeder der drei Arten der Traditionspapiere besonders zu normieren, dürfte mit Erfolg eher für als gegen die

---

[1] vgl. in seinem Handbuch a. a. O. § 79 Note 3 und in Z. Bd. 29 S. 22 Note 5.

[2] vgl. Besitz a. a. O. S. 448 Note 60; Eigentum a. a. O. S. 321 Note 16.

[3] vgl. Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 13 S. 3, 8, 9.

absolute Theorie sprechen.[1] Was den Einwand Randas anbetrifft, so ist er für das geltende Recht nicht stichhaltig, da in ihm der Parallelismus von Eigentum und Besitzerwerb in zweifacher Hinsicht durchbrochen ist. Einmal genügt nach § 474 H. G. B. zum Eigentumserwerb an Schiffen die blosse Einigung. Die Besitzverhältnisse werden durch eine solche Vereinbarung nicht berührt, insbesondere braucht der Veräusserer nicht Besitzer zu sein. Auf die Bestimmung des § 474 H. G. B., der aus dem alten H. G. B. herübergenommen ist, hatte sich bereits Exner berufen; doch konnte ihm, da sie nach altem Recht die einzige ausdrückliche Normierung der Durchbrechung des Traditionsprinzips war, entgegengehalten werden, dass es sich um eine Ausnahmebestimmung handle, die daher höchstens zu einem argumentum e contrario, aber nicht zu einem Analogieschluss verwendet werden könne. Im B. G. B. ist aber mit § 931 ein zweiter Fall von Eigentumserwerb ohne Besitzerwerb gegeben. Nach § 931 B. G. B. genügt zur Uebertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache neben der Einigung über den Eigentumsübergang die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe. Damit ist auch für das geltende bürgerliche Recht das Traditionsprinzip durchbrochen.[2] Nicht richtig ist es, wenn Dernburg aus dem Vorhandensein von § 474 H. G. B. und § 931 B. G. B. schliesst, dass das Traditionsprinzip in zwei Fällen nur abgeschwächt ist[3] und wenn Köhler gerade entgegengesetzt aus Ihnen folgert, dass „das Bürgerliche Gesetzbuch in der Tat und Wirklichkeit das System des Eigentumerwerbs durch blossen Vertrag angenommen hat.[4] Die Kautelen, mit denen § 931 B. G. B. umgeben ist, lassen vielmehr darauf schliessen, dass auch

---

[1] so auch Alexander S. 56.

[2] Protokolle zum B. G. B. Bd. III S. 627 fg.; Windscheid-Kipp a. a. O. Bd. I S. 895.

[3] Dernburg a. a. O. S. 337 § 99, II.

[4] vgl. Kohler im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 18 S. 1 fg.

das B. G. B. an der Besitzverschaffung als Prinzip festhält. Das Vorhandensein von § 474 H. G. B. und § 931 B. G. B. zeigt nur, dass der Verkehr neben der Besitzverschaffung noch andere Formen der Eigentumsübertragung verlangt. Daraus ergibt sich, dass eine Konstruktion der Lagerscheine, die vom Traditionsprinzip abgeht, nicht gegen das Gesetz verstösst.

Was die Ausgestaltung der Exner'schen Theorie im einzelnen anbetrifft, so ist diese, obwohl unter der Herrschaft des alten H. G. B. geschaffen, doch so allgemein gehalten, dass sie auch für das neue H. G. B. zutreffen würde; doch scheint sie mir nicht besonders klar zu sein, was wohl damit zusammenhängt, dass er einen Zusammenhang der Dinglichkeit des Lagerscheins mit ähnlichen Erscheinungen des mittelalterlichen Rechts ablehnt[1] und sie für ein Produkt des modernen Rechts hält.[2] Exner lässt das zu bestellende dingliche Recht in Papieren inkorporiert und damit frei transferibel gemacht erscheinen, sodass es auf Grund beiderseitigen Konsenses durch die Uebernahme des Papiers erworben wird. Aus dieser Fassung geht hervor, dass immer gerade dasjenige dingliche Recht, dessen Begründung der Parteien bezweckten, im Papier inkorporiert ist.[3] Damit besitzt das Traditionspapier als Rechtsträger Chamälionsnatur und das Resultat würde dasselbe sein, wenn man von einer Inkorporation des zu bestellenden Rechts in Papier ganz absähe. Die Exnersche Theorie scheint hiernach m. E. nicht praktisch brauchbar zu sein.

Kohlers[4] Erklärung der dinglichen Natur des Traditionspapiers, die dahin geht, dass das Traditionspapier lediglich als Legitimationsmittel neben dem für den Eigentumsübergang genügenden Eigentumsvertrag dient, steht im Widerspruch sowohl zum Wortlaut des § 424 H. G. B.

---

[1] Exner, Der Rechtserwerb durch Tradition S. 161 fg.

[2] Exner a. a. O. S. 208.

[3] vgl. Alexander a. a. O. S. 83.

[4] vgl. Kohler, Der dingliche Vertrag S. 20.

als auch zum System des bürgerlichen und Handelsrechts im allgemeinen und ist deswegen unhaltbar.

Strohal,[1] Brunner[2] und Pappenheim[3] begnügen sich im wesentlichen damit, sich als Anhanger der absoluten Theorie zu bekennen, ohne sie aber näher auszubauen. Adlers Theorie[4] hat auch für unser Recht Bedeutung, obwohl sie nur im Hinblick auf das österreichische Recht entstanden ist, da der § 23 des österreichischen Gesetzes vom 28. 4. 89 mit § 424 H. G. B. im wesentlichen übereinstimmt. Nach ihr ist die dingliche Wirkung des Lagerscheins mit Hilfe des Indossaments zu erklären, das sich als eine Form des Erwerbes dinglicher Rechte darstellt, deren Inhalt durch den Begebungsvertrag bestimmt wird. Das Indossament steht als Erwerbsform dinglicher Rechte gleichwertig neben der Uebergabe, nur hat es eine schwächere und eine stärkere Wirkung als letztere. Ersteres ist der Fall bei gutgläubigem Erwerb der Ware durch körperliche Tradition, letzteres bei gutgläubigem Scheinerwerb.

Obwohl diese Theorie in ihren Konsequenzen praktisch völlig brauchbar ist, so dürfte ihr m. E. schon aus dem Grunde nicht zugestimmt werden können, weil sie nur die dingliche Wirkung des Traditionspapiers mit Orderpapierqualität zu erklären vermag.[5] Weiterhin ist aber nach unserer Auffassung, wie oben gezeigt, das Indossament weiter nichts als eine Unterart der Zession (§ 398 B. G. B.) und damit ein Mittel zur Uebertragung persönlicher Rechte. Wollte man daher seine Verwendbarkeit für die Uebertragung dinglicher Rechte dartun, so müssten sich im

[1] Sukzession a. a. O. S. 212; in Jherings Jahrbüchern Bd. 38 S. 95/96.

[2] vgl. bei Endemann a. a. O. S. 150, 151.

[3] vgl. das Transportgeschäft S. 67, 68; in Z. a. a. O. Bd. 42 S. 306; in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 44 S. 363 fg., S. 369 fg.

[4] vgl. sein österreichisches Lagerhausrecht S. 170 fg.

[5] vgl. auch Alexander a. a. O. S. 60/61.

Gesetz schon stärkere Stützpunkte finden, als es die §§ 424, 450 und 647 H. G. B. sind.

Alexander[1] sucht die dingliche Wirkung des Lagerscheins dadurch zu erklären, dass er ihn auch als Träger des Eigentumsrechtes anspricht. Er schliesst dies daraus, dass zum Erwerbe des Eigentums wie der Lagerscheinsforderung dieselben Förmlichkeiten, nämlich Indossament und Uebergabe, erforderlich sind. Wie nun die Lagerscheinforderung im Lagerschein verbrieft ist, so müsse es auch das Eigentumsrecht sein, denn aus der Gleichheit der Form des Rechtserwerbes müsse man auf die Gleichheit der Ursachen des Rechtserwerbes schliessen können. Dieser Schluss ist m. E. nicht richtig; es ist hierbei der grosse Unterschied zwischen persönlichem und dinglichem Recht ignoriert. Dingliche Rechte dürfen nur dann verbrieft werden, wenn dies im Gesetz ausdrücklich zugelassen ist, da im Gebiet des Sachenrechts die Vertragsfreiheit nicht gilt. Der § 424 H. G. B., der hierfür in Betracht kommen könnte, bietet, wie weiter unten gezeigt werden wird, den Stützpunkt für eine der Rechtsnatur des dinglichen Rechts weit mehr entsprechenden Theorie. Auch bei der Durchführung der Theorie von Alexander ergeben sich Schwierigkeiten, einmal bei gutgläubigem Erwerb des Eigentums an der Ware durch körperliche Tradition, während doch eigentlich das Eigentumsrecht im Lagerpapier verbrieft ist, und dann bei der Verpfändung mittels Lagerscheins, wo Alexander gezwungen ist, ein Pfandrecht am Sachenrecht[2] anzunehmen, um sich damit der allgemein verurteilten Theorie von Bremer anzuschliessen, die auch das Pfandrecht an Sachen als Pfandrecht an Rechten konstruiert.

Eine allgemein befriedigende Lösung der Frage nach der dinglichen Wirkung des Lagerscheins gibt m. E. Heymann.[3] Anders als die bisher angeführten Schrift-

[1] a. a. O. S. 70 fg.

[2] Alexander a. a. O. S. 85 fg.

[3] a. a. O. S. 211 fg. und S. 187 fg.

steller, führt er seine Untersuchungen auf ganz breiter Basis aus, nämlich unter Heranziehung ähnlicher Rechtsinstitute und der reichen geschichtlichen Entwickelung. Dies ist m. E. der einzige Weg, der zum Ziele führt. Heymann zeigt, wie schon im frühen Mittelalter der Verkehr zu einer besonderen Form der Uebertragung dinglicher Rechte gelangte, zur traditio cartæ,[1] bei der ausser der sachenrechtlichen Einigung nur die Uebergabe der über das Geschäft aufgenommenen Urkunde mit den früheren Erwerbsurkunden oder auch ohne sie zur Uebertragung der dinglichen Rechte erforderlich war. Die Urkundenübergabe diente Legitimationszwecken. Ein solcher Fall der traditio cartæ hat sich im Traditionspapier bis auf unsere Zeit erhalten. Die Besitzübertragung als Legitimationsmittel ist hier beiseite getan und an ihre Stelle die Begebung des Papiers getreten.[2] Dabei entspricht diese den an ein sachenrechtliches Legitimationsmittel zu stellenden Anforderungen. Einerseits ist sie alleinige Rechtsübertragungsform, andererseits ist sie auch so gestaltet, dass die Möglichkeit fraudulöser Akte äusserst beschränkt ist. Dies ergibt sich aus der Eigenschaft des Traditionspapiers als Präsentationspapiers; denn wenn die Herausgabe der Ware nur gegen Aushändigung des Papiers erfolgt, so ist die Einwirkung anderer als der durch das Papier Legitimierten auf die Ware ausgeschlossen. Welches dingliche Recht erworben werden soll, bestimmt sich nach der sachenrechtlichen Einigung, die neben jenem Formalakt der Legitimationsübertragung nicht überflüssig ist.

Diese Theorie vermag, wie wir später sehen werden, alle Wirkungen des dinglichen Lagerscheins restlos zu erklären, was m. E. der beste Beweis für ihre Richtigkeit

---

[1] Ueber das Schicksal der traditio cartae vgl. oben Einleitung S. 7 und 9 fg.

[2] Das Publizitätsprinzip als Grundlage unseres Sachenrechts ist aber nachgewiesen von Gierke, Privatrecht Bd. 2 S. 188 fg.; Herbert Meyer, Das Publizitätsprinzip S. 1—8, 83—97 und Wellspacher S. 1—120.

sein dürfte. Jacobi[1] wandte gegen sie ein, dass die Eigenschaft des Lagerscheins als eines Präsentationspapiers seine dingliche Wirkung nicht zu erklären vermöge. Anderenfalls müsste als Traditionspapier auch ein Schein angesehen werden, „in dem ein Landwirt erklärt, dass er sein Getreidelager, das in seiner Scheune liegt, dem Herrn X. oder seiner Order oder seinem Rechtsnachfolger gegen und nur gegen das Papier auszuhändigen sich verpflichte". Nach Jacobi liegt nun der Unterschied zwischen dem vom Landwirt ausgestellten Papier und dem Traditionspapier darin, dass in jenem Falle Eigenbesitz, in diesem Fremdbesitz vorliegt. Hieraus folgert er, dass neben der Urkundenbegebung noch die Schaffung eines Besitzverhältnisses für den Scheininhaber bezüglich der Güter erforderlich ist. Diese Folgerung trifft nicht zu. Die Tatsache, dass am Lagergute Fremdbesitz besteht, ist nicht in den Vordergrund zu stellen. Der vom Landwirt ausgestellte Schein ist zufolge seiner Präsentationspapierqualität zunächst zum Traditionspapier ebenso geeignet wie der Lagerschein. Wenn trotzdem nur der letztere dingliche Wirkung hat, so hat dies darin seinen Grund, dass bei ihm ein Verkehrsbedürfnis dafür vorlag und daher eine die dingliche Wirkung statuierende Norm ins Gesetz aufgenommen wurde. Zugegeben ist, dass die Tatsache des Fremdbesitzes beim Lagergute als Motiv für die Gesetzgeber in Betracht gekommen sein mag, da sich hieraus eine höhere Sicherheit für den Scheininhaber ergibt. Aber ausschlaggebend kann dieser Umstand nicht gewesen sein. Sonst hätte sämtlichen Lagerscheinen dingliche Wirkung zugesprochen werden müssen, während, wie wir gesehen haben, diese nur ziemlich willkürlich zwei Gruppen der Orderlagerscheine beigelegt worden ist.[2]

[1] vgl. Jacobi, Das Wertpapier als Legitimationsmittel S. 81 fg.

[2] Die absolute Theorie wird noch vertreten von Biermann zu § 870 S. 41, zu § 934 S. 143, zu § 936 S. 147; Gareis, Handelsrecht S. 369; Staub, Kommentar zum H. G. B.

Eine Verpfändung mittels dinglich wirkenden Lagerscheins findet demnach nicht gemäss § 1205 Abs. 2 B. G. B. statt, aber auch nicht etwa gemäss § 1205 Abs. 1 B. G. B. Die Erfordernisse bestimmen sich vielmehr nur nach § 424 H. G. B.[1] Hiernach ist zur Verpfändung von Lagergut, über das ein dinglich wirkender Orderlagerschein ausgestellt ist, erforderlich und genügend die Einigung über Entstehung des Pfandrechts und die Uebergabe des Scheins an den aus ihm Legitimierten, mithin die blosse Uebergabe an den Adressaten und an den Indossator, wenn das Papier Blankoindossament trägt. Ist es mit Vollindossament versehen, so muss zur Uebergabe die Indossierung des Papiers an den Indossator noch hinzukommen. Ob der Pfandgläubiger damit mittelbaren Besitz erlangt, ist belanglos, doch muss der Lagerhalter die Güter übernommen haben.

Ueber die Einigung gilt das oben Gesagte. Unter Uebergabe im Sinne des § 424 H. G. B. ist nur die körperliche Tradition zu verstehen und zwar aus ähnlichen Gründen wie oben bei der Verpfändung von Orderpapieren. Wenn dort gesagt wurde, dass, ganz abgesehen vom Sprachgebrauch des Gesetzes, schon das beim Orderpapier gewährte Einziehungsrecht den unmittelbaren Besitz desselben seitens des Pfandgläubigers bedinge, so ist hier für die Notwendigkeit des unmittelbaren Besitzes anzuführen, dass nur so dem Pfandgläubiger die Möglichkeit gegeben ist, jederzeit zur Ware zu gelangen.

Eine Verpfändung nach den allgemeinen Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen ist bei dinglich wirkenden Lagerscheinen nur in einer einzigen Form

---

Anm. 2 zu § 336, Anm. 14 zu § 366; Staudinger-Kober zu § 929; Kempner S. 29 fg.; Fischer S. 289, 290; Rob. Mayer S. 18; Müllendorff S. 28; vgl. auch die daselbst in Anm. 6 zitierten Schriftsteller.

[1] ebenso Kempner S. 40, 41; nicht ganz so scharf Mayer S. 22, nachdem die Verpfändung analog § 1205 Abs. 1 B. G. B. erfolgt.

möglich, nämlich durch Zession des im Schein verbrieften Herausgabeanspruchs nebst Uebergabe des Scheins und Anzeige an den Lagerhalter als den unmittelbaren Besitzer, womit den Anforderungen des § 1205 Abs. 2 B. G. B. entsprochen wird.[1] Durch eine Verpfändung des dinglich wirkenden Lagerscheins nach den allgemeinen Vorschriften über Verpfändung von Rechten nebst Anzeige an den Lagerhalter ist eine Verpfändung der Ware nicht möglich, da der Pfandgläubiger so nur ein Pfandrecht am Herausgabeanspruch, nicht diesen selbst erwirbt. Letzteres ist aber die unerlässliche Voraussetzung für die Anwendung von § 1205 Abs. 2 B. G. B.

Für die Verpfändung mittels obligatorisch wirkenden Lagerscheins wird aus demselben Grunde eine Verpfändung des Lagerscheins und zwar ohne Rücksicht auf die Form desselben nebst Anzeige zur Verpfändung der Ware nicht ausreichend sein, da hier eine Verpfändung immer nur

---

[1] Dass sich die beiden Publizitätsformen: Besitz und Orderlagerschein gegenseitig ausschliessen, steht dem nicht entgegen; denn Publizitätsform ist nur der dinglich wirkende Orderlagerschein, soweit er in den den Orderpapieren eigentümlichen Formen übertragen wird. f. § 424 H. G. B. Die gegenseitige Ausschliesslichkeit der beiden Publizitätsformen geht nicht soweit, dass die eine durch die andere vollständig ausgeschlossen wird, wie z. B. bei den Liegenschaften. Vielmehr steht nichts im Wege, von der Publizitätsform des Besitzes wieder Gebrauch zu machen, soweit und solange die andere Publizitätsform nicht benützt wird. Selbstverständlich kann auch in diesem Falle die Verpfändung nicht ohne Uebergabe des Lagerscheins erfolgen. Eine solche findet vielmehr, wie oben gezeigt worden ist, statt. Abweichend anscheinend die herrschende Meinung. vgl. Kempner S. 36—40, Heymann S. 214 fg., Fischer S. 290, a. a. O. Jacobi. Das Wertpapier als Legitimationsmittel S. 66 fg. vom Standpunkte seiner Theorie aus. Seine Ansicht deckt sich jedoch nicht vollständig mit obigen Ausführungen, die vom Standpunkte der absoluten Theorie aus gemacht worden sind und mit ihr durchaus für vereinbar gehalten werden.

gemäss § 1205 Abs. 2 B. G. B. erfolgen kann. Denn der Lagerscheininhaber ist mittelbarer Besitzer der Ware. Zur Verpfändung mittels obligatorisch wirkenden Lagerscheins wird daher neben der Anzeige an den Lagerhalter immer die volle Uebertragung der Forderung aus dem Papier, die des Herausgabeanspruches erforderlich sein. Sie kann geschehen in allen nach der Rechtsnatur des Papiers zulässigen Formen. Denn, wie oben gezeigt wurde, fällt auch die Begebung des Inhaberpapiers und der Indossierung des Orderpapiers unter § 870 B. G. B. und demgemäss auch unter § 1205 Abs. 2 B. G. B. Bei der Verpfändung mittels obligatorisch wirkenden Orderlagerscheins ist daher neben der Zession auch Vollgiro und Blankogiro zulässig, während bei der Verpfändung mittels dinglich wirkenden Orderlagerscheins nach den Vorschriften des B. G. B., wie wir gesehen haben, nur die Zession zulässig war.

Unerlässliche Voraussetzung für die Entstehung des Pfandrechts ist in beiden letztgenannten Fällen, dass sich der Lagerhalter im Besitz der Ware befindet. Denn es ist in beiden Fällen auf dem Legitimationsmittel des Besitzes aufgebaut.

Ausgeschlossen ist eine Verpfändung unter Beiseitelassen des Lagerscheins,[1] denn der dinglich wirkende Lagerschein ist ja das sachenrechtliche Legitimationsmittel und daher zur Verpfändung unerlässlich.

Beim Vorliegen eines obligatorischen Lagerscheins kann der Inhaber des Scheins als mittelbarer Besitzer nur durch Verschaffung den mittelbaren Besitz verpfänden. Der mittelbare Besitz wird aber durch Abtretung des Herausgabeanspruchs übertragen und dieser ist an den Lagerschein gebunden.

---

[1] Staub, H. G. B. § 368 Anm. 22; dies gilt auch für den Rektalagerschein; denn zur vollwirksamen Abtretung der Rechte aus ihm gehört die Uebergabe. vgl. Jacobi a. a. O. S. 236 fg.; Gierke, Privatrecht S. 136 u. S. 233 Anm. 21; Fischer S. 302; Kempner S. 57, 58.

### III c.

Grundsätzlich ist zur wirksamen Bestellung des Pfandrechts nur der Eigentümer berechtigt. Gemäss § 185 B. G. B. ist aber auch die Verpfändung einer fremden Sache wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten geschieht oder nachträglich von ihm genehmigt wird oder wenn der Verfügende die Gegenstände erwirbt oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. Diese Bestimmung gilt sowohl beim gewöhnlichen Lombardgeschäft wie beim Lombardgeschäft mittels Lagerscheins. Erhebliche Unterschiede finden sich dagegen bei gutgläubigem Erwerb des Pfandrechts.

Beim gewöhnlichen Lombardgeschäft in Waren und Edelmetallen sind die Voraussetzungen für den Pfanderwerb von Nichtberechtigten 1. die Einigung über die Entstehung des Pfandrechts, 2. Erlangung des Besitzes vom Verpfänder und 3. der gute Glaube.

Bezüglich der Einigung gilt das oben Gesagte. Was die Erlangung des Besitzes anbetrifft, so ist es gemäss § 1207 B. G. B. unzweifelhaft, dass körperliche Uebergabe, brevi manu traditio unter der Bedingung, dass der Pfandgläubiger den Besitz vom Verpfänder erlangt hat, und Abtretung des obligatorischen Herausgabeanspruchs gegen den Besitzmittler ausreichen, da in den von § 1207 B. G. B. angezogenen §§ 932, 934, 935 B. G. B. ausdrücklich diese Fälle erwähnt sind.

Zweifelhaft dagegen dürfte es sein, ob bei einer Verpfändung gemäss § 1206 B. G. B. ein gutgläubiger Pfanderwerb möglich ist, da hier der Pfandgläubiger nur unmittelbaren beziehungsweise mittelbaren Mitbesitz erhält, für diese Fälle aber im Gesetz keine besondere Regelung vorgesehen ist. Der ratio legis wird es aber entsprechen, auch hier gutgläubigen Pfanderwerb zuzulassen. Denn die Grundlage des gutgläubigen Rechtserwerbes bildet das Vertrauen auf den Besitz des Veräusserers und auf seine hierdurch bestätigte Legitimation zur Vornahme von

Verfügungen.[1] Dieser Besitz ist aber im Falle des § 1206 B. G. B. vorhanden, und andererseits hat auch eine Abschichtung der Fahrnis aus der Besitzgewalt des Pfandbestellers stattgefunden.[2] Zum guten Glauben genügt im allgemeinen, dass dem Erwerber ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache dem Veräusserer nicht gehört.[3] Damit ist ein objektiver Massstab gegeben und es kommt nicht darauf an, wie der Erwerber in seinen eigenen Angelegenheiten verfährt. Grob fahrlässig handelt, wer verdächtige Umstände nicht aufklärt oder an den Rechten des Vormanns zweifelt, es aber unterlässt, weitere Nachforschungen anzustellen.[4] Auf das Eigentum früherer Vormänner braucht sich der gute Glaube nicht zu erstrecken.[5] Nicht so strenge Anforderungen werden an den guten Glauben gestellt, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine bewegliche Sache verpfändet, ein Fall, der bei Lombardgeschäften nicht selten sein dürfte. Hier braucht sich der gute Glaube des Pfandgläubigers nur auf die Verfügungsbefugnis des Verpfänders zu beziehen und zwar wird der § 363 H. G. B. sich sowohl auf den Fall der Veräusserung fremden Gutes im eigenen Namen, als auch auf den der Veräusserung fremden Gutes in fremdem Namen beziehen, da bei der Abfassung ausdrücklich auch an letzteren Fall gedacht ist und die Fassung des Paragraphen einer so weiten Auslegung nicht entgegensteht.[6] Die entgegengesetzte Meinung von Cosack[7]

---

[1] F. Endemann a. a. O. S. 528.

[2] F. Endemann a. a. O. S. 914, vgl. auch S. 909; vgl. auch noch Staub, Kommentar zum H. G. B. § 368 Anm. 10; Wellspacher S. 7 fg.; Gierke, Privatrecht II S. 567, 973 fg.; Schmidt S. 19.

[3] vgl. R. G. Bd. 6 S. 22 und 87, Bd. 36 S. 120.

[4] R. G. Bd. 58 S. 162.

[5] vgl. Bolze 11 Nr. 38.

[6] vgl. Staub H. G. B. § 366 Anm. 18; Lehmann-Ring a. a. O. § 366 Anm. 8.

[7] vgl. Cosack H. G. B. § 28 I 2b.

und Hellwig[1] wird daher als unbegründet abzulehnen sein. Auch im Falle des § 366 H. G. B. genügt es, wenn man seinen unmittelbaren Vormann für verfügungsberechtigt gehalten hat.[2]

Der gutgläubige Erwerb von Nichteigentum entfällt gemäss § 935 B. G. B. bei abhanden gekommenen Sachen. Unter Abhandenkommen versteht man den Besitzverlust, der nicht auf dem eigenen Entschluss des Besitzers beruht.[3] Ist die Sache in der tatsächlichen Gewalt eines Besitzdieners, so ist sie dem Besitzer abhanden gekommen, wenn sie dem Besitzdiener abhanden gekommen ist oder dieser sie veruntreut. Denn hier ist nur der erstere Besitzer. Anders liegt die Sache, wenn sowohl mittelbarer wie unmittelbarer Besitz hinsichtlich derselben Sache vorliegt. Gibt der unmittelbare Besitzer den Besitz freiwillig auf, so gilt die Sache als dem mittelbaren Besitzer nicht abhanden gekommen.[4] Ebenso müsste man eigentlich entscheiden, wenn dem unmittelbaren Besitzer die Sache abhanden gekommen ist; denn der mittelbare Besitzer hat die Sache dem unmittelbaren Besitzer anvertraut, ihm ist sie nicht abhanden gekommen. Durch positive gesetzliche Bestimmung ist aber für den letzteren Fall das Gegenteil bestimmt (§ 935 Abs. 1 S. 2 B. G. B.). Aus dieser Tatsache der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung ergibt sich aber auch die Richtigkeit der Folgerung im ersten Falle.

Eine Sache ist auch dann abhanden gekommen, wenn das der Begebung zu Grunde liegende Veräusserungsgeschäft nichtig ist. Denn die Entschliessung des Besitzes ist hier rechtlich unbeachtlich. Bei anfechtbaren Geschäften wird nicht dasselbe gelten dürfen, da das Rechtsgeschäft

---

[1] vgl. Hellwig, Rechtskraft S. 98 Anm. 9.

[2] Staub, H. G. B. § 366 Anm. 21.

[3] Dernburg a. a. O. Bd. III § 103 II, 2.

[4] vgl. Gierke, Fahrnisbesitz S. 25; Biermann a. a. O. Anm. 2 zu § 935; Planck a. a. O. Anm. 35 zu § 1006; Staudinger a. a. O. § 935 Bem. 1a; R. G. Bd. 54 S. 72; O. L. G. Bd. 6 S. 119.

hier zunächst gültig ist und auch bleibt, wenn keine Anfechtung erfolgt.[1]

Bei Lombardgeschäften in Inhaberpapieren und Münzen gelten mehrfache Besonderheiten.

Der eben erörterte Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs von Nichtberechtigten bei abhanden gekommenen Sachen trifft auf sie nicht zu. Bei ihnen ist er ausdrücklich durch § 935 Abs. 2 B. G. B. gestattet. Hierbei ist zu bemerken, dass unter Geld im Sinne dieses Paragraphen das kursierende Metallgeld und zwar auch das ausländischer Staaten zu verstehen ist.[2] Damit sind aber alle beim Lombardgeschäft in Betracht kommenden Münzen inbegriffen. Bei gutgläubigem Erwerb von Inhaberpapieren und Geld muss sich indessen der gute Glaube des Erwerbers auf die Eigenschaft als abhanden gekommen erstrecken, das heisst der Erwerber muss angenommen haben, es handle sich um eine nicht abhanden gekommene Sache. Ein gesetzliches Beispiel von Schlechtgläubigkeit bei abhanden gekommenen Inhaberpapieren gibt § 367 H. G. B. Hiernach gilt der gute Glaube des Erwerbers als ausgeschlossen, wenn dieser Bankier oder Geldwechsler im Sinne des § 1 Ziffer 4 H. G. B., der Verlust des Papiers zur Zeit der Verpfändung im „Reichsanzeiger“ bekannt gemacht und seit dem Ablauf des Jahres, in welchem die Veröffentlichung erfolgt ist, nicht mehr als ein Jahr verstrichen ist. Darin ist eine Rechtsvermutung für die Bösgläubigkeit des Pfandgläubigers aufgestellt[3] in Abweichung von der Regel, nach welcher derjenige, der sich auf die Bösgläubigkeit des Gegners beruft, diese auch nachweisen muss (§ 932 B. G. B., § 366 II. G. B.). Doch ist diese Rechtsvermutung nicht unwiderleglich. Sie wird widerlegt durch den dem Erwerber obliegenden Nachweis, dass er

[1] so Biermann a. a. O. Anm. 2 zu § 935, a. M. zum Teil Dernburg a. a. O. C. c.

[2] Staudinger a. a. O. § 935 Anm. III 1; Motive Bd. III S. 349.

[3] Lehmann-Ring a. a. O. Nr. 1 zu § 367.

infolge besonderer Umstände die Veröffentlichung weder kannte noch kennen musste (§ 366 Abs. 2 H. G. B.). Die Rechtsvermutung gilt nicht für Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine, die nicht später als in dem nächsten auf die Veräusserung oder Verpfändung folgenden Einlösungs-Termine fällig werden, sowie für Banknoten und andere auf Sicht zahlbare unverzinsliche Inhaberpapiere. Ist die Pfandsache zur Zeit der Bestellung des Pfandrechts mit dem Recht eines Dritten belastet, so geht das Pfandrecht diesem Rechte vor, es sei denn, dass der Pfandgläubiger sich zur Zeit des Erwerbes des Pfandrechts nicht in gutem Glauben befand, das heisst, dass er wusste oder grobfahrlässig nicht wusste, dass der verpfändende Eigentümer nicht ohne Vorbehalt der Rechte des Dritten das Papier verpfänden durfte.[1] Geschieht die Verpfändung seitens eines Kaufmanns im Betrieb seines Handelsgewerbes, so braucht sich der gute Glaube nur auf die Befugnis des Verpfänders zu beziehen, ohne Vorbehalt des Rechts über das Papier zu verfügen (§ 366, II H. G. B.). Darnach wird das jüngere Pfandrecht, wenn sein Erwerber in gutem Glauben war, dem älteren vorgehen, während sich in der Regel der Rang des Pfandrechts nach der Zeit der Bestellung richtet. Der gute Glaube des Pfandgläubigers äussert aber bei der brevi manu traditio nur dann seine Wirkung, wenn der Pfandgläubiger den Besitz der Sache vom Verpfänder erlangt hat. § 1208 Satz 2 B. G. B. Bei der Pfandbestellung gemäss § 1205 Abs. 2 B. G. B. gehen jedoch die Rechte des unmittelbaren Besitzers an der Pfandsache den Rechten des Pfandgläubigers vor. (§ 1208 Satz 2 B. G. B.) Andererseits geht selbst bei abhanden gekommenen Inhaberpapieren und Geld das gutgläubig erworbene Pfandrecht den an diesem Objekt bestehenden Rechten vor. (§ 1208 Satz 2 B. G. B.)

Bezüglich des rechtsgültigen Erwerbs eines Pfandrechts an Orderpapieren vom Nichtberechtigten ist zu

[1] § 1208 B. G. B.

unterscheiden, ob die Bestellung nach den allgemeinen Vorschriften über Verpfändung von Rechten oder gemäss § 1292 B. G. B. erfolgt ist. In letzterem Falle ist davon auszugehen, dass das Pfandindossament Vollindossament ist. Es begründet ein selbständiges dingliches Recht am Papier und dem Recht aus ihm. Die Rechtsstellung des Pfandgläubigers ist, wie wir oben gesehen haben, von der des Verpfänders unabhängig. Die zunächst für das Eigentumsindossament gegebenen Vorschriften der Art. 36, 74 W. O. werden daher auf das Pfandindossament entsprechend anzuwenden sein. Gemäss dieser Artikel ist der gutgläubige legitimierte Besitzer eines Wechsels einerseits gegen die rei vindicatio geschützt, und andererseits kann er den Wechsel einziehen. Daraus ist zu entnehmen, dass dem gutgläubigen legitimierten Besitzer Gläubigerschaft und Eigentum zugesprochen werden sollte. Auf das Pfandindossament angewandt, ist der gutgläubige legitimierte Pfandindossator Pfandgläubiger am Papier und dem Recht aus ihm. Da nun in Artikel 74 W. O. nicht gesagt ist, auf was sich der gute Glaube zu erstrecken hat, so werden alle Mängel des Begebungsvertrages geheilt. Es können daher geheilt werden die Mängel des Eigentums der Verfügungsbefugnis und der Verfügungsfähigkeit. Auch an abhanden gekommenen Orderpapieren ist gutgläubiger Pfanderwerb möglich.[1] Was hier zunächst für den Wechsel dargelegt ist, gilt gemäss den §§ 222, 365 H. G. B. auch für die Namensaktie und das handelsrechtliche Orderpapier.

Bei der Verpfändung von Orderpapieren nach den allgemeinen Vorschriften über Verpfändung von Rechten findet ein Schutz des guten Glaubens nicht statt. Der Pfandgläubiger kann nie mehr Rechte erlangen, als der Verpfänder hatte.

Bei der Verpfändung von Rectapapieren gilt in der Regel das Gleiche. Nur bei den Briefhypotheken, den

[1] Staub, H. G. B. a. a. O. § 365 Anm. 8/9; a. A. Düringer-Hachenburg a. a. O. § 365 II Anm. 3.

Brief-, Grund- und Rentenschulden ist ein Rechtserwerb kraft guten Glaubens möglich. Dies hat aber seinen Grund nicht etwa darin, dass § 1207 B. G. B. entsprechend anwendbar ist. Denn wenn auch dieser Paragraph in § 1273 B. G. B. nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, so geht doch aus der Entstehungsgeschichte hervor, dass man die Anwendbarkeit des § 1207 B. G. B. auf Rechte, auch wenn deren Verpfändung mit der Uebergabe einer Sache verbunden ist, für selbstverständlich hält und daher die Bestimmung des ersten Entwurfs strich, welche die Unanwendbarkeit ausdrücklich normierte.[1]

Der gutgläubige Erwerb des Pfandrechts ist vielmehr deshalb möglich, weil bei rechtsgeschäftlichem Erwerb von Hypotheken, Grund- und Rentenschulden überhaupt der gute Glaube seine Kraft äussert. Denn es findet auf den gutgläubigen Pfanderwerb § 1155 in Verbindung mit § 892 B. G. B. Anwendung, wonach sich der Pfandnehmer auf das Gläubigerrecht seines Verpfänders, das sich aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen ergibt, ebenso verlassen darf, als wenn er als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre. Dieser Schutz erstreckt sich auch auf die der Hypothek zu Grunde liegenden Forderung, der indessen der Glaube nur zustatten kommt, wenn er den hypothekarischen nicht dann, wenn er den persönlichen Anspruch erhebt.[2]

Bei der Verpfändung mittels dinglich wirkenden Lagerscheins gemäss § 424 H. G. B. ist zu unterscheiden, ob der Pfandgläubiger der im Lagerschein genannte Adressat oder ob er Indossator ist. Im ersterem Falle ist die Kraft des guten Glaubens nicht so gross wie im zweiten. Der Adressat erwirbt ein Pfandrecht von Nichtberechtigten

---

[1] vgl. Protokolle Bd. III S. 519; Motive Bd. III S. 854 fg.; § 1209 des ersten Entwurfs.

[2] vgl. Engelmann a. a. O. § 234, 3; a. M. Düringer-Hachenburg Bd. II S. 557.

gemäss den §§ 1207, 1208 B. G. B. 366 H. G. B. Sein guter Glaube muss sich auf das Eigentumsrecht beziehungsweise auf die Verfügungsbefugnis des Verpfänders erstrecken. An abhanden gekommenen Sachen erwirbt er kein Pfandrecht. Rechte Dritter an der Ware stehen hinter seinem Pfandrecht zurück, wenn sein guter Glaube auf deren Nichtvorhandensein geht und zwar auch die Rechte des unmittelbaren Besitzers; denn die Verpfändung hat nicht gemäss § 1205 Abs. 2 B. G. B. stattgefunden, sondern gemäss § 424 H. G. B. und ist daher nach den für die Uebergabe von Sachen geltenden Normen zu beurteilen.

Der gutgläubige Erwerb des Indossators richtet sich dagegen ausschliesslich nach den für Orderpapiere geltenden Bestimmungen. Denn der Sinn der in § 424 H. G. B. enthaltenen Bestimmungen geht dahin, dass mit dem rechtsgültigen Erwerb des sachenrechtlichen Legitimationsmittels, das ist des Orderlagerscheins, und der Einigung auch das Recht an der Ware entstehen soll. Mit den §§ 424, 450, 647 H. G. B. ist eine neue Eigentumerwerbsart geschaffen, deren Vorschriften und Wirkungen sich nach dem ihr eigenen Wesen richten, bei der daher die Bestimmungen des B. G. B. nur insoweit anzuwenden sind, als dies mit ihrem Wesen vereinbar ist. Der Wortlaut der zitierten Paragraphen kann nicht dahin ausgelegt werden, dass der Rechtserwerb immer nach den für die Uebergabe einer Sache gegebenen Vorschrift zu beurteilen ist. Die Bezugnahme auf die Uebergabe der Sache ist vielmehr nur die Form, in der der dingliche Charakter des Orderlagerscheins ausdrücklich festgesetzt ist. Der § 424 H. G. B. wird daher richtiger dahin zu interpretieren sein, dass, wenn ein Zurückgreifen auf das B. G. B. notwendig wird, nur die für die Uebergabe gegebenen Bestimmungen heranzuziehen sind.[1]

[1] Strohal, Sukzession S. 215 Note 70; in Jherings Jahrbüchern Bd. 38 S. 960; Staub, H. G. B. Anm. 10 zu § 365; Heymann a. a. O. S. 230 fg.

Durch den guten Glauben des Indossators werden daher sämtliche Mängel des Begebungsvertrages geheilt. Seine Kraft versagt weder gegenüber den abhandengekommenen Lagerscheinen noch gegenüber der abhandengekommenen Ware.[1] Daraus ergibt sich auch durch einen Schluss a maiore ad minus, dass das so erworbene Pfandrecht sämtlichen an der Ware bereits bestehenden Rechten, bezüglich deren der Indossator in gutem Glauben ist, vorgeht, insbesondere also auch § 936 Abs. 3 B. G. B. keine Anwendung findet.

Die Verpfändung mittels obligatorisch wirkenden Lagerscheins ebenso wie die Verpfändung mittels dinglich wirkenden Lagerscheins nach den Vorschriften des B. G. B. ohne Indossierung ist, wie wir gesehen haben, weiter nichts als eine durch die Verbriefung der Herausgabeansprüche im Lagerschein modifizierte Form der Verpfändung gemäss § 1205 Abs. 2 B. G. B. Für den guten Glauben des Pfandgläubigers sind daher die §§ 1207, 1208 B. G. B. 366 H. G. B. massgebend. Sein guter Glaube muss sich auf das Eigentumsrecht beziehungsweise die Verfügungsbefugnis des Verpfänders erstrecken. Er versagt gegenüber abhanden gekommenen Waren und gegenüber den Rechten des unmittelbaren Besitzers. Die letzteren gehen seinem Pfandrecht immer vor.

Wohl zu unterscheiden ist von der Verpfändung der Ware mittels Lagerscheins der Erwerb des Lagerscheins selbst, für den der gute Glaube weit grössere Kraft äussert, soweit es sich um Inhaber- und Orderlagerscheine handelt.

## IV.

Das Pfand haftet gemäss § 1210 B. G. B. für die Forderung in deren jeweiligem Umfange, insbesondere auch für Zinsen, Vertragsstrafen und alle Veränderungen durch

[1] vgl. Feige S. 32 fg. und 41 fg. und die dort angeführte Literatur; a. A. Darreye S. 28, 29.

Verzug und Verschulden des Schuldners. Weiter haftet es für den Anspruch des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen und für die dem Pfandgläubiger zu ersetzenden Kosten der Kündigung, der Rechtsverfolgung und des Pfandverkaufs. Da beim Lombardgeschäft Verpfänder und Schuldner identisch sind, so ist auch eine nachträgliche Erweiterung der Haftung durch Rechtsgeschäfte möglich und wird nicht selten vorkommen, da das Lombardgeschäft vielfach dahin abgeschlossen ist, dass dem Lombardnehmer vom Bankier auf Grund der Verpfändung Kredit bis zu einer bestimmten Höhe eingeräumt ist, den ersterer nach seinem Bedarf in Anspruch nehmen wird.

Das ganze Pfand haftet für die ganze Schuld bis auf den letzten und kleinsten Rest.[1] Besteht ein Pfandrecht an mehreren Sachen, so haftet jede für die ganze Schuld (§ 1222 B. G. B.). Der Schuldner ist nicht berechtigt, etwa gegen Zahlung der Hälfte der Schuld, die Hälfte der verpfändeten Sachen herauszuverlangen; denn gemäss § 1252 B. G. B. erlischt das Pfandrecht mit der Forderung, für die es besteht. Teilzahlungen bewirken aber noch kein Erlöschen der Forderung.

Besonderheiten hinsichtlich der eben erörterten Rechtsverhältnisse finden sich bei der Verpfändung mittels Lagerscheins gegenüber dem gewöhnlichen Lombardgeschäft nicht.

## V.

Neben dem dinglichen Rechtsverhältnis besteht zwischen den Parteien ein gesetzliches Haftverhältnis. Darnach sind die Parteien verpflichtet, in Bezug auf das Pfandverhältnis die dem Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden. Dabei werden, da die Bestimmungen nicht erschöpfend sind, etwaige Lücken nach dem auch hier anzuwendenden Grundsatze von Treu und Glauben mit

[1] vgl. Staub, H. G. B. a. a. O. Anm. 36 zu § 368.

Rücksicht auf die Verkehrssitte auszufüllen sein.[1] Ist der Verpfändungsvertrag auf Seiten des Pfandgläubigers ein Handelsgeschäft, so haftet er für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 347 Abs. 1 H. G. B.). Der Pfandgläubiger ist zur Verwahrung des Pfandes verpflichtet (§ 1215 B. G. B.).

Damit ist aber nicht gesagt, dass ein Verwahrungsvertrag im Sinne des § 688 fg. B. G. B. vorliegt, wenn auch einzelne von seinen Normen infolge ihres allgemeinen Charakters Anwendung finden dürften. So z. B. §§ 691, 694 B. G. B. Doch wird Biermann[2] darin beizupflichten sein, dass die Verwahrungspflicht nur dem unmittelbaren Alleinbesitzer obliegt.

Ist der Pfandgläubiger nur Mitbesitzer, so wird der Verpfänder für das Pfandobjekt vor allem Sorge zu tragen haben. Ist er mittelbarer Besitzer, so wird die Verwahrungspflicht dem unmittelbaren Besitzer obliegen. Denn die Verwahrungspflicht setzt eine unmittelbare tatsächliche Gewalt über das Objekt voraus.

Wie weit die Verwahrungspflicht bei Wertpapieren eine gewisse Verwaltungspflicht einschliesst, kann verschieden sein. Nach Düringer-Hachenburg[3] ist ein Bankier verpflichtet, die ihm verpfändeten Lose zu kontrollieren, Zinsschein rechtzeitig einzuziehen, Aktien, die zusammengelegt werden, zur Abstempelung vorzulegen. Dass diese Pflichten einem Bankier auferlegt werden, dürfte in der Tat einem Verkehrsbedürfnis entsprechen. Die Regelung dieser Pflichten ist indessen der freien Parteivereinbarung anheimgegeben. So lehnt z. B. die Reichsbank in § 14 ihrer Bedingungen für den Lombardverkehr jede Verwaltungspflicht ab.

Für jeden Vollkaufmann, der Wertpapiere der in § 1 des Depotgesetzes genannten Arten lombardiert, besteht

---

[1] F. Endemann a. a. O. S. 915.
[2] vgl. Biermann a. a. O. § 1215 Anm. 1.
[3] a. a. O. Bd. II S. 518 Note VII, 1.

nach § 1 dieses Gesetzes die Pflicht, sie in äusserlich erkennbarer Bezeichnung gesondert aufzubewahren und über sie ein Handelsbuch zu führen, in das die Wertpapiere jedes Verpfänders nach ihren Unterscheidungsmerkmalen genau einzutragen sind.

Im Schlussatz des § 1 des Depotgesetzes wird ausdrücklich betont, dass sonstige Rechte und Pflichten des Pfandgläubigers durch die genannten Bestimmungen nicht berührt werden.

Für die auf das Pfand eigenmächtig gemachten Verwendungen kann der Pfandgläubiger Ersatz nur verlangen, wenn der Verpfänder sie genehmigt hat oder sie seinem wirklichen oder mutmasslichen Willen und seinem Interesse entsprechen. Denn er hat nur den Anspruch eines ohne Auftrag handelnden Geschäftsführers (§ 1216 Satz 1 B. G. B.). Die gemachten Einrichtungen kann er wegnehmen (§ 1216 Satz 2 B. G. B.). Diese Ansprüche des Pfandgläubigers verjähren in 6 Monaten (§ 1226 B. G. B.). Der Verpfänder kann die Aufhebung des Besitzes des Pfandgläubigers verlangen, wenn dieser das Recht des Verpfänders in erheblichem Masse trotz erfolgter Abmahnungen verletzt. Die Pfandsache ist dann auf Kosten des Pfandgläubigers zu hinterlegen, oder, falls sie hierzu nicht geeignet ist, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abzuliefern. Daneben ist der Verpfänder berechtigt, sie gegen Befriedigung des Pfandgläubigers zurückzuverlangen. Bei unverzinslichen Forderungen ist er in diesem Falle zum Abzug der Zwischenzinsen befugt (§ 1217 B. G. B.).

Nach dem Erlöschen des Pfandrechts kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes verlangen. (§ 1223 Abs. 1 B. G. B.) § 1223 Abs. 2 B. G. B. findet beim Lombardgeschäft keine Anwendung, da Verpfänder und Schuldner beim Lombardgeschäft identisch sind.

Ist Verderb des Pfandes oder eine wesentliche Wertminderung zu besorgen, so kann der Pfandgläubiger, wenn seine Sicherheit gefährdet ist, das Pfand öffentlich

versteigern lassen. § 1219 I B. G. B. Die näheren Voraussetzungen des Verkaufs sind in § 1220 B. G. B. enthalten. Sie weichen von den Voraussetzungen für den Verkauf zum Zwecke der Befriedigung insofern ab, als nur im Falle der Wertminderung zwischen Androhung und Verkauf eine Frist liegen muss, die jedoch keine bestimmte Länge zu haben braucht, sondern nur angemessen sein muss. Wenn das Pfand einen Markt- oder Börsenpreis besitzt, so kann der Pfandgläubiger freihändigen Verkauf zum laufenden Preise gemäss den Bestimmungen des § 1221 B. G. B. wählen.

Der Erlös dient aber nicht zur Befriedigung des Pfandgläubigers, sondern dieser erwirbt an ihm ein Pfandrecht. Auf Verlangen des Verpfänders ist der Erlös zu hinterlegen.

Droht Verderb oder wesentliche Wertminderung des Pfandes, so kann der Verpfänder Rückgabe gegen anderweitige Sicherheitsleistung verlangen, wobei aber Bürgschaft ausgeschlossen ist. Von dem drohenden Verderb hat der Pfandgläubiger den Verpfänder zu benachrichtigen, falls dies nicht untunlich ist. (§ 1218 B. G. B.)

Wann eine wesentliche Wertminderung vorliegt und wann hierdurch eine Gefährdung der Sicherheit des Pfandgläubigers herbeigeführt wird, wird zunächst Tatfrage sein. Doch steht nichts entgegen, dass die Banken hierüber nähere Bestimmungen aufstellen. So sind die Lombardnehmer nach den §§ 15, 22 der Reichsbankbedingungen verpflichtet, innerhalb drei Tagen ihre Sicherheit entsprechend zu verstärken, wenn die Wertpapiere 5 % Kursverlust und die Waren den sechsten Teil ihres Wertes eingebüsst haben.

Bei Orderpapieren modifiziert sich in allen Fällen, wo der Verpfänder Rückgabe des Pfandes verlangen kann, sein Recht dahin, dass der Pfandgläubiger dem Charakter des Orderpapiers entsprechend dieses an den Verpfänder zu indossieren hat. (Vgl. W. O. Art. 10.) Im Falle der Wertminderung kann der Pfandgläubiger die Orderpapiere

nicht öffentlich versteigern lassen, da diese Befriedigungsart bei Rechten überhaupt ausgeschlossen ist. Dagegen ist ihm gestattet, das Orderpapier, falls es einen Börsen- oder Marktpreis hat, gemäss § 1221 B. G. B. freihändig verkaufen zu lassen, da der freihändige Verkauf durch § 1295 B. G. B. für Orderpapiere der genannten Art zugelassen ist. Daneben steht jedoch dem Pfandgläubiger das Recht zu, zu jeder beliebigen Zeit die Forderung aus dem Orderpapier einzuziehen, ohne Rücksicht darauf, ob es einen Markt- oder Börsenpreis hat oder nicht.

Bei Rektapapieren wird im Falle einer Wertminderung nur der Verpfänder gemäss § 1218 B. G. B. sein Recht auf Rückgabe geltend machen können. Der Pfandgläubiger kann das Pfand weder nach § 1219 B. G. B. öffentlich versteigern, noch unter den Vorschriften von § 1221 B. G. B. freihändig verkaufen lassen, da diese beiden Befriedigungsarten bei Rektapapieren nicht zugelassen sind. Vielmehr wird der Pfandgläubiger nur gemäss § 1281 B. G. B. verlangen können, dass der Schuldner an ihn und die Gläubiger gemeinschaftlich leiste. Statt der Leistung kann er Hinterlegung bezw. Ablieferung an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer verlangen.

Bei der Verpfändung mittels Lagerscheins gilt dasselbe, was oben im Allgemeinen über Rechte und Pflichten aus dem Pfandverhältnis gesagt ist. Darnach wird die Verwahrungspflicht des Scheininhabers wegfallen, da er höchstens mittelbarer Besitzer ist.

## VI.

Durch die Pfandbestellung erlangt der Pfandgläubiger ein Recht auf den Besitz. Dies ergibt sich aus § 1227 B. G. B., wonach die für den Anspruch aus dem Eigentum geltenden Vorschriften beim Pfandrecht entsprechend anwendbar sind.[1] Dieses Recht wird abgesehen vom

[1] vgl. die §§ 985, 1004, 1005, 1007 B. G. B.

Besitzverlust besonders dort seine Wirksamkeit zeigen, wo eine Pfandbestellung ohne Verschaffung des Besitzes möglich ist, wie wir es oben beim dinglich wirkenden Lagerschein gesehen haben.

Die Verfolgung des dinglichen Rechts richtet sich gegen jeden, der durch Vorenthaltung des Pfandes die rechtliche Ausübung des Sicherungs- und Befriedigungsanspruchs beeinträchtigt. Gegen den dinglichen Anspruch des Pfandgläubigers stehen dem Verpfänder alle Einwendungen zu, die sich auf den Inhalt und Bestand des Forderungsrechts[1] oder auf die Wirksamkeit der dinglichen Pfandbestellung beziehen.

Zur Nutzung der Pfandsache ist der Pfandgläubiger im Zweifel nicht berechtigt. Doch kann infolge besonderer Vereinbarung ein Nutzpfand bestellt werden (vgl. §§ 1213, 1214 B. G. B.). Bei der Verpfändung mittels Lagerscheins und beim gewöhnlichen Lombardgeschäft in Waren und Edelmetallen wird es nicht vorkommen, dagegen dürfte es beim Wertpapierlombard nicht selten sein. Hier bestimmt § 1296 B. G. B., dass sich das Pfandrecht an Wertpapieren auf die dazu gehörigen Zins-Renten und Gewinnanteilscheine nur dann erstreckt, wenn sie dem Pfandgläubiger übergeben sind. Sofern nicht ein anderes vereinbart ist, kann jedoch der Verpfänder die Herausgabe derjenigen Scheine verlangen, die vor dem Eintritt der Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 B. G. B. fällig werden. Zweifelhaft ist, ob bei Aktien ohne Dividendenscheine die Dividendenberechtigung mit verpfändet ist. Wiewohl nun eine Aktie nicht eine fruchttragende Sache ist, wird man sich doch für die Mitverpfändung der Dividendenberechtigung entscheiden dürfen. Denn § 1213 B. G. B. spricht nicht dagegen. Dafür spricht aber die Erwägung, dass das Dividendenrecht ebenso in der Aktie verbrieft ist wie das Aktienrecht überhaupt und dass das Dividenden-

[1] vgl. § 1211 B. G. B.

recht ja nichts anderes als ein Teil der Rechte ist, aus denen das Aktienrecht besteht.[1]

Im Konkurse des Verpfänders gewährt das Pfandrecht ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus den verpfändeten Gegenständen gemäss § 48 K. O. Die Durchführung dieses Rechts im Einzelnen richtet sich nach § 118 fg. K. O. Durch einen vom Verpfänder abgeschlossenen Zwangsvergleich wird es nicht berührt § 193 K. O.

## VII.

Die Befriedigung des Pfandgläubigers erfolgt regelmässig durch Verkauf. Hierauf kann der Eigentümer im voraus nicht verzichten. Erst nach dem Eintritt der Verkaufsberechtigung kann vereinbart werden, dass dem Pfandgläubiger das Eigentum zufallen soll. (§ 1229 B. G. B.) Der Pfandverkauf ist erst zulässig, wenn die Forderung ganz oder zum Teil fällig geworden und auf Geld gerichtet ist (§ 1228 Abs. 2 B. G. B.). Letzteres ist beim Lombardgeschäft immer der Fall. Verzug des Schuldners ist nicht erforderlich.

Berechtigt zum Pfandverkauf ist grundsätzlich jeder Pfandgläubiger. Das Vorzugsrecht des besseren Pfandgläubigers besteht nur in dem Vorrecht auf den Erlös. Im Einzelnen gilt über das Verhältnis des vor- und nachstehenden Pfandgläubigers bezüglich ihrer Berechtigung zum Pfandverkauf folgendes: Der vorstehende Pfandgläubiger kann das in seinem Besitz befindliche Pfand zu seiner Sicherheit immer zurückbehalten und braucht es an einen nachstehenden Pfandgläubiger, dessen Forderung vor der seinigen fällig geworden ist, nicht herauszugeben. Ausserdem hat er das Recht, vom nachstehenden Pfandgläubiger das Pfand zum Zwecke des Verkaufs heraus-

[1] Staub, H. G. B. a. a. O. Anm. 37 zu § 368; R. G. Bd. 42 S. 157

zuverlangen. Andererseits hat der nachstehende Pfandgläubiger das Recht, die ihm vorangehenden Pfandgläubiger zu befriedigen, noch bevor dessen Forderung gegen den Schuldner fällig geworden ist, um damit selbst die Verkaufsberechtigung zu erlangen. Denn die Voraussetzung, von der dieses Einlösungsrecht abhängig gemacht ist, dass mit der Veräusserung des Pfandes ein Rechtsverlust für den Berechtigten eintritt, ist gegeben, da durch Veräusserung des Pfandes im Wege des Pfandverkaufs alle an ihm bestehenden Pfandrechte gemäss § 1242 Abs. 2 Satz 1 B. G. B. erlöschen.

Betreibt der nachstehende Pfandgläubiger den Pfandverkauf, so kann ein ihm vorgehender Pfandgläubiger sich dem nur dann widersetzen, wenn er seinerseits bereit und imstande ist, den Verkauf zu betreiben. Diese Regeln ergeben sich aus den §§ 1227, 1228 Abs. 2, 1232, 1249 B. G. B. Sind mehrere gleichberechtigte Pfandgläubiger vorhanden, so haben alle das Verkaufs-, keiner das Widerspruchsrecht. (§ 1332 B. G. B.) Es werden in diesem Falle die Vorschriften über die Gemeinschaft in gewissen Beziehungen heranzuziehen sein (§ 744 Abs. 2 B. G. B.) Befindet sich der Pfandgläubiger nicht im Alleinbesitz der Sache, so kann er nach dem Eintritt der Verkaufsberechtigung die Herausgabe des Pfandes zum Zwecke des Verkaufs verlangen oder an Stelle der Herausgabe auf Verlangen des Verpfänders Ablieferung an einen gemeinschaftlichen Verwahrer, der es zum Verkauf bereitzustellen hat. (§ 1231 B. G. B.) Diese Bestimmung gilt, wie schon der Wortlaut ergibt, nur für den Mitbesitz des § 1206 B. G. B., nicht aber für den mittelbaren Alleinbesitz des § 1205 Abs. 2 B. G. B.[1] Hier hat der Pfandgläubiger ja von vornherein einen Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer.

Von mehreren für dieselbe Forderung verpfändeten Gegenständen darf der Pfandgläubiger nur soviel zum

---

[1] Fischer-Henle a. a. O. § 986 Note 13; § 1231 Note 1.

Verkauf stellen, als zu seiner Befriedigung notwendig ist. Doch steht es in seinem Belieben, welche er auswählen will (§ 1230 B. G. B.). Für den Vollzug des Pfandverkaufs sind eingehende Normativbestimmungen getroffen, die indes nur dispositiver Natur sind (vgl. § 1245 B. G. B.). Einmal können Eigentümer und Pfandgläubiger eine abweichende Art des Verkaufs vereinbaren. Doch ist hierzu die Zustimmung des Dritten, dessen Recht mit der Veräusserung erlischt, erforderlich. § 1245 B. G. B. Dann kann aber auch jeder Beteiligte eine Abweichung verlangen, wenn diese nach billigem Ermessen den gemeinsamen Interessen entspricht. Es kann der Antragsteller das Amtsgericht des Ortes anrufen, wo das Pfand aufbewahrt wird, das nach Anhörung der Parteien gemäss den Vorschriften über die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit entscheidet. (§ 1246 Abs. 1 u. 2 B. G. B. § 166 F. G.)

Das B. G. B. lässt mehrere Arten des Pfandverkaufs zu. Für bewegliche Sachen ist der Privatverkauf durch dieses Gesetzbuch neu eingeführt worden, während er nach dem alten H. G. B. Art. 311 nur bei einem von Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigem Handelsgeschäft schriftlich bestellten Pfande zugelassen war.

Der Privatverkauf findet regelmässig statt im Wege öffentlicher Versteigerung. Hat die Sache jedoch einen Markt- oder Börsenpreis, so kann der Verkauf freihändig erfolgen. (§ 1235 B. G. B.)

Die näheren Einzelheiten des Pfandverkaufs finden sich in den §§ 1234—40 B. G. B. Hervorgehoben zu werden verdient, dass nach § 1240 B. G. B. Gold- und Silbersachen nicht unter dem Gold- oder Silberwerte zugeschlagen werden dürfen und dass zwischen Androhung und Verkauf mindestens die Frist von einem Monat liegen muss, an deren Stelle die Frist von einer Woche tritt, wenn die Verpfändung sowohl auf Seiten des Pfandgläubigers wie des Verpfänders ein Handelsgeschäft ist. (§ 1234 Abs. 2 B. G. B. § 368 Abs. H. G. B.)

Ist der Anteil eines Miteigentümers verpfändet, so steht dem Pfandgläubiger neben dem Recht den Anteil zu verkaufen, das Recht zu, nach dem Eintritt der Verkaufsberechtigung die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen. Der Pfandgläubiger erlangt dann das Pfandrecht an den an die Stelle des Anteils tretenden Gegenständen. (§ 1258 Abs. 2—4 B. G. B.)

Neben dem Privatverkauf ist natürlich auch der öffentliche Verkauf gestattet, wenn der Pfandgläubiger einen gegen den Eigentümer oder den Schuldner, der zugleich Verpfänder ist, gerichteten vollstreckbaren Titel erlangt hat. (§ 1233 Abs. 2 B. G. B.) Der Verkauf richtet sich dann in seinen Einzelheiten nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung.

Eine Besonderheit gilt für das Lombardgeschäft der Reichsbank. Diese hat gemäss § 20 des Bankgesetzes vom 14. III. 75, wenn ihr Schuldner in Verzug ist, das Recht, die Versteigerung bezw. den freihändigen Verkauf auch durch einen ihrer Beamten vornehmen zu lassen. Die Vorschriften dieses leichteren Verkaufs sind also strengere als bei gewöhnlichem Privatverkauf des B. G. B., wo nur Fälligkeit der Forderung verlangt wird.

Die bisher erörterten Bestimmungen über den Pfandverkauf gelten in vollem Umfange nur für das Lombardgeschäft in Waren und Edelmetallen. Bezüglich der Münzen wird zu unterscheiden sein, ob es sich um vollwertige Münzen oder nur um Scheidemünzen handelt. Bei ersteren wird sich der Pfandgläubiger mit dem Eintritt der Verkaufsberechtigung Münzen in Höhe seiner Forderung aneignen können. Dieses Recht war im § 1168 des ersten Entwurfs ausdrücklich ausgesprochen, der von der zweiten Kommission als entbehrlich gestrichen wurde.[1] An der Notwendigkeit des Verkaufs festzuhalten, würde

[1] Protokolle zum B. G. B. Bd. III S. 467 *fg.*; Staudingers Kommentar a. a. O. Bd. III § 1228 Anm. 1; Planck a. a. O. § 1228 Anm. 1b; Windscheid-Kipp a. a. O. § 226a; Biermann, Kommentar a. a. O. § 1228 Anm. 2.

widersinnig sein, da gerade Geld das Befriedigungsmittel par excellence ist und andererseits eine Schädigung des Verpfänders bei obiger Art der Befriedigung des Pfandgläubigers nicht stattfinden kann.

Bei Scheidemünzen wird das Recht des Pfandgläubigers, diese zu verkaufen, praktisch fast wertlos sein. Er wird seine Befriedigung vorzugsweise auf anderem Wege erlangen, nämlich durch Einziehung gemäss § 1294 B. G. B., d. h. durch Umtausch gegen Vollgeld.[1] Die oben erörterte Tatsache, dass die Scheidemünzen in gewisser Hinsicht den Charakter von Inhaberpapieren haben, gewinnt also bei der Befriedigung aus ihnen praktische Bedeutung.

Auf Inhaberpapiere finden zunächst die allgemeinen Vorschriften über Pfandverkauf Anwendung. (§ 1293 B. G. B.) Daneben hat jedoch der Pfandgläubiger das Recht der Einziehung auch schon vor Fälligkeit seiner Forderung. § 1294 B. G. B. Zum Zwecke der Ausübung dieses Rechts wird dem Pfandgläubiger das Recht einzuräumen sein, auch schon vor Fälligkeit der Forderung vom Mitbesitzer die Einräumung des Alleinbesitzes zu verlangen.[2] Der Zweck des § 1294 B. G. B. wird nicht durch § 1231 B. G. B. verhindert werden können.

Bei der Befriedigung aus den Orderpapieren ist es zunächst belanglos, ob diese gemäss § 1292 B. G. B. verpfändet sind oder nach den allgemeinen Vorschriften über Verpfändung von Rechten. Da das Orderpapier bei der Verpfändung grundsätzlich als Recht zu behandeln ist, so gilt auch für die Befriedigung aus dem Orderpapier zunächst § 1277 B. G. B., wonach ein vollstreckbarer Titel gefordert wird. Hiervon sind aber in § 1294 und § 1295 B. G. B. zwei eingreifende Ausnahmen statuiert. Nach dem ersten Paragraphen hat der Pfandgläubiger das Einziehungsrecht und zwar auch schon vor Fälligkeit seiner

---

[1] Artikel 9 Abs. 2 des Münzgesetzes vom 9. 7. 1873.

[2] vgl. Biermann, Kommentar a. a. O. Anm. zu § 1293; a. A. Dernburg a. a. O. § 281 Ziffer 2 Abs. 2.

Forderung, nach dem zweiten Paragraphen kann er das Papier freihändig verkaufen lassen, wenn es einen Markt- oder Börsenpreis hat.

Nur bei der Einziehung kommt es darauf an, ob die Verpfändung gemäss § 1292 B. G. B. geschehen ist oder nicht. Nur im letzten Falle kann der Schuldner dem Pfandgläubiger Einreden aus der Person des Gläubigers entgegensetzen. In ersterem Falle dagegen wird durch das offene oder verkappte Pfandindossament oder durch die Blankoübergabe des mit Blankogiro versehenen Papiers für den Pfandgläubiger ein vom Recht des Indossanten unabhängiges selbständiges Recht begründet, wie oben ausgeführt worden ist. Das Einziehungsrecht ist aber ein Ausfluss dieses Rechtes, nicht des im Papier verbrieften Rechtes. Dem Pfandgläubiger wird daher dieselbe Stellung einzuräumen sein wie dem Eigentumsindossatar.[1]

Der öffentliche Verkauf nach § 1277 B. G. B. wird bei denjenigen Orderpapieren praktisch werden, die weder eingezogen werden können noch einen Markt- oder Börsenpreis besitzen, z. B. bei einer Namensaktie.

Bei Rektapapieren gilt grundsätzlich die Verkaufsart des § 1277 B. G. B. Das heisst, es ist ein vollstreckbarer Titel erforderlich und der Verkauf richtet sich nach den Vorschriften der Z. P. O. Daneben hat der Pfandgläubiger gemäss § 1282 B. G. B. nach Fälligkeit seiner Forderung das Recht, die Forderung aus dem Papier einzuziehen, bei Geldforderungen jedoch nicht in vollem Umfange, sondern nur insoweit, als es zur Befriedigung erforderlich ist. Auch kann er unter den Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 B. G. B. verlangen, dass, soweit er zur Einziehung berechtigt ist, ihm die Geldforderung an Zahlungsstatt überwiesen wird.

Sind Waren mittels dinglich wirkenden Lagerscheins verpfändet, so findet die Befriedigung aus ihnen in der-

---

[1] vgl. Staub, H. G. B. a. a. O. Anm. 73 zu § 368.

selben Art und nach denselben Grundsätzen wie beim gewöhnlichen Lombardgeschäft statt. Insbesondere hat der Pfandgläubiger, da der Lagerschein hier ein Orderpapier ist, auch das Einziehungsrecht. Dabei ist der Lagerhalter in der Geltendmachung von Einreden gemäss § 364 H. G. B. beschränkt.[1]

In Anmerkung 76 zu § 368 H. G. B. a. a. O. will Staub dem Pfandgläubiger das Recht geben, sich aus dem Orderlagerschein zu befriedigen unter der Voraussetzung, dass er einen Markt- oder Börsenpreis hat. Dagegen wird sich nichts einwenden lassen, denn bei der Verpfändung mittels dinglich wirkenden Lagerscheins entsteht neben dem Pfandrecht an dem Gute auch ein Pfandrecht am Lagerschein selbst. Die Befriedigung aus dem Lagerschein richtet sich nach den oben erörterten Bestimmungen über Befriedigung aus Orderpapieren. Von den drei bei diesen gegebenen Befriedigungsmöglichkeiten wird beim Lagerschein nur die Verwertung gemäss § 1295 B. G. B. praktisch werden. Wenn aber der Lagerschein bereits einen Markt- oder Börsenpreis hat, so wird dies vom Lagergute erst recht anzunehmen sein. In diesem Falle kann jedoch auch das Gut gemäss § 1221 B. G. B. freihändig verkauft werden. Daher wird mit dem freihändigen Verkauf des Lagerscheins auch das Eigentum am Lagergute übergehen, da der Wille der Parteien regelmässig auch hierauf gerichtet sein wird. Damit ist eine Divergenz zwischen Forderung und Recht an der Ware vermieden.

Bei der Verpfändung mittels obligatorisch wirkenden Lagerscheins ebenso wie bei der Verpfändung mittels dinglich wirkenden Lagerscheins nach den Vorschriften des B. G. B. erfolgt die Befriedigung aus den Waren auch nur in derselben Art und Weise wie beim gewöhnlichen Warenlombardgeschäft. Die Möglichkeit einer Befriedigung durch Verkauf des Lagerscheins ist abzulehnen. Wenn auch der Pfandgläubiger voller Gläubiger der im Lager-

[1] vgl. oben Seite 73 und Mayer S. 48, 49.

schein verbrieften Forderung ist, so vermag er doch nicht durch Uebertragung des Lagerscheins nach den für diesen geltenden Vorschriften das Eigentum an der Ware zu übertragen; denn an dieser besitzt er nur ein Pfandrecht und kann daher Eigentum an ihnen nur übertragen, wenn er die für den Pfandverkauf von beweglichen Sachen aufgestellten Normen innehält. Der Verkauf des Lagerscheins würde daher nur den Verkauf einer Forderung bedeuten, und damit ein Auseinanderfallen von Rechten an der Ware und der Forderung stattfinden, was nicht zu billigen wäre. Man wird vielmehr annehmen müssen, dass das Eigentum des Pfandgläubigers am Lagerschein fiduziarisch dahin gebunden ist, nur zum Zwecke des Pfandrechts an der Ware ausgeübt zu werden.

Auch beim Vorliegen von Lagerscheinen ist der Pfandverkauf, wie oben dargetan, ein Verkauf der Sachen. Dieser steht aber unter so selbständigen Regeln, dass der Rechtserwerb des die Sache Erstehenden vollkommen unabhängig davon stattfindet, ob er den über die Sache ausgestellten Lagerschein miterwirbt oder nicht.

## VIII.

Das Pfandrecht kann immer nur zusammen mit der Forderung übertragen werden, für die es besteht. Dies folgt aus der streng akzessorischen Natur des Pfandrechts. § 1250 Abs. 1 B. G. B. Wird daher bei der Uebertragung der Forderung der Uebergang des Pfandrechts ausgeschlossen, so erlischt das Pfandrecht. § 1250 Abs. 2 B. G. B.

Das Pfandrecht geht schon über durch formlosen Vertrag. Dies ergibt sich aus § 1250 Abs. 1 B. G. B. in Verbindung mit § 398 B. G. B., wonach der Uebergang des Pfandrechts dann vollendet ist, wenn die Forderung übergegangen ist. Letzteres geschieht aber schon durch blossen Vertrag.

Diese Abweichung von der Regel des Besitzpfandes wird durch das gemäss § 1251 Abs. 1 B. G. B. dem neuen Pfandgläubiger gewährte Recht, jederzeit die Herausgabe der Pfandsache zu verlangen, gemildert. Erst mit der Erlangung des Besitzes tritt der neue Pfandgläubiger anstelle des alten in das mit dem Pfandrecht verbundene gesetzliche Haftungsverhältnis ein. § 1251 Abs. 2 Satz 1 B. G. B.

Bei Orderpapieren wird sein Anspruch nur auf Uebergabe des Papiers ohne Indossament gehen. Denn der Pfandgläubiger ist zu einer Weiterindossierung an Dritte nicht berechtigt.

Bei der Verpfändung mittels dinglich wirkenden Lagerscheins gemäss § 424 H. G. B. wird bezüglich der Uebergabe des Lagerscheins dasselbe zu gelten haben wie bei den Orderpapieren überhaupt und zwar aus denselben Gründen.

Bei der Verpfändung mittels obligatorisch wirkenden Lagerscheins oder dinglich wirkenden Lagerscheins gemäss den Bestimmungen des B. G. B. kann der neue Pfandgläubiger Uebergabe des Lagerscheins und Anzeige an den Lagerhalter verlangen; denn diese Verpfändung findet ja gemäss § 1205 Abs. 2 B. G. B. statt.

Der § 1251 B. G. B. wird extensiv dahin zu interpretieren sein, dass der neue Pfandgläubiger verlangen kann, mit der seinem dinglichen Recht entsprechenden Legitimation nach aussen bekleidet zu werden. Darnach wird er vom mittelbaren Besitzer Verschaffung des mittelbaren Besitzes und Anzeige an den unmittelbaren Besitzer verlangen können.

## IX.

Das Pfandrecht erlischt infolge seines Charakters als dingliches Recht naturgemäss mit dem Untergang des Pfandrechts. Als streng akzessorisches Recht erlischt es mit der Forderung für die es bestellt ist. § 1252 B. G. B.

Auch der einseitige Verzicht des Pfandgläubigers, eine dem Verpfänder gegenüber abzugebende Willenserklärung bringt das Pfandrecht zum Erlöschen. Ist jedoch das Pfandrecht mit dem Recht eines Dritten belastet, so ist hierzu dessen Zustimmung erforderlich. § 1255 B. G. B. Da ferner für das Pfandrecht an beweglichen Sachen das Publizitätsprinzip durchgeführt ist, so müsste bei einer strengen Durchführung desselben das Pfandrecht mit dem Besitzverlust schlechthin untergehen. Das B. G. B. begnügt sich damit, das Pfandrecht erlöschen zu lassen, wenn der Pfandgläubiger dem Eigentümer die Pfand-Sache zurückgibt. § 1253 Abs. 1 Satz 1 B. G. B.

Steht dem Pfandrecht eine peremtorische Einrede entgegen, so kann der Verpfänder Aufhebung des Pfandrechts durch Rückgabe der Pfandsache verlangen. (§ 1254 B. G. B.) Der Sinn dieses Paragraphen geht dahin, dass mit der Rückübertragung der vollen Verfügungslegitimation das Pfandrecht jegliche Grundlage verliert und daher erlischt. Deshalb wird man auch mit Rückübertragung des mittelbaren Besitzes an den Eigentümer und Anzeige an den unmittelbaren Besitzer den Untergang des Pfandrechts verbinden müssen.

Bei Orderpapieren wird nur eine Rückgabe des auf den Verpfänder indossierten Papiers die Aufhebung des Pfandrechts bewirken, wenn die Orderpapiere gemäss § 1292 B. G. B. verpfändet waren.

Bei der Verpfändung mittels dinglich wirkenden Lagerscheins gemäss § 424 H. G. B. wird nur die Rückgabe des indossierten Scheins den Untergang des Pfandrechts an der Ware zur Folge haben. Denn nur so erlangt der Verpfänder die volle Legitimation zurück, vgl. Art. 10 W. O. Das Pfandrecht erlischt aber gemäss den oben S. 59 fg. erörterten Grundsätzen über den gutgläubigen Erwerb auch dann, wenn der Schein wider den Willen des Pfandgläubigers in den Besitz des gutgläubigen legitimierten Eigentümers durch Uebergabe kommt.[1]

[1] vgl. Mayer S. 49, 50.

Bei der Verpfändung mittels obligatorisch wirkenden Lagerscheins und mittels dinglich wirkenden Lagerscheins nach den Vorschriften des B. G. B. wird Rückübertragung des Eigentums am Schein und Anzeige an den Lagerhalter erforderlich sein. Denn diese Verpfändung ist ja, wie oben gezeigt, nur ein Spezialfall des § 1205 Abs. 2 B. G. B.

# Lebenslauf.

Ich, Erwin Göder, bin geboren am 3. September 1887 in Breslau. Meine Eltern sind der Rektor August Göder in Nimptsch und dessen Ehefrau Emma geb. Steige. Ich bin evangelisch und besitze die preussische Staatsangehörigkeit.

Von Michaelis 1893 bis Michaelis 1905 besuchte ich das Realgymnasium am Zwinger in Breslau und studierte hierauf an der Breslauer Universität Rechts- und Staatswissenschaften. Ich bestand am 30. November 1908 die erste juristische Prüfung und am 14. Juni 1912 die mündliche Doktorprüfung. Seit dem 13. Dezember 1908 stehe ich im juristischen Vorbereitungsdienst.